

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
Curso de Pós-Graduação em Direito
Curso de Mestrado em Direito
Turma Especial de Chapecó- MINTER**

Cássio Marocco

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA
NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Dissertação submetida ao Programa de
Mestrado da Universidade Federal de
Santa Catarina para a obtenção do
Grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Sérgio
Cademartori

Florianópolis-SC
2011

CÁSSIO MAROCCO

**O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA
NO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO**

Esta Dissertação foi julgada adequada para obtenção do Título de “Mestre em Direito”, e aprovada em sua forma final pelo Programa de Mestrado em Direito.

Local, 19 de outubro de 2011.

Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel
Coordenador do Curso

Banca Examinadora:

Prof. Sergio Urquhart de Cademartori
Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina

Prof., Dr. Marcos Leite Garcia,
Universidade do Vale do Itajaí

Prof., Dr. Adriano de Bortoli
Universidade Federal de Santa Catarina

Dedico...

Primeiramente, a Deus, por me permitir trilhar mais esta caminhada.

À minha esposa, Andréa Marocco, que, mesmo nos momentos de cansaço e dificuldades, jamais deixou de me apoiar e demonstrar todo seu amor.

Aos meus filhos, João Mateus e Luís Artur, alegria de minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço...

Ao meu orientador Sérgio Cademartori, pelo apoio, conhecimento e humildade imensuráveis.

A minha família, cujo apoio e compreensão foram indispensáveis para que eu conseguisse concluir mais este desafio.

Aos colegas de mestrado, pela amizade e alegria no decorrer do curso.

Aos acadêmicos Andrieli Zuse e Giovan Brunetto, pelo apoio na elaboração desse trabalho.

Aos mestres do curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, que, com um conhecimento gigantesco acerca do Direito, demonstraram como desvendar as veredas desta ciência de tamanha complexidade e importância.

Regra jurídica sem coação é uma contradição
em si, um fogo que não queima, uma luz que
não ilumina.
(IHERING, 2008)

RESUMO

A construção de um Estado Constitucional de Direito traz consigo um emaranhado de nuances e primados para cuja legitimidade é necessária uma evolução e um aprimoramento político e social extremamente ativos e dinâmicos. Um dos primados essenciais da Administração Pública em cenário nacional, constitucionalmente protegido, é o Princípio da Publicidade. Embora expressamente garantido, tal primado ainda carece de eficácia no plano fático, sendo, para tanto, absolutamente indispensável o diálogo a respeito do tema. O objetivo geral do presente estudo é discernir acerca da imposição de exceções à eficácia do princípio da publicidade da Administração Pública no Brasil, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Em outras palavras, averiguar qual a margem limitadora entre manter determinadas informações em sigilo, no interesse da coletividade, ou levar essas informações a público sem qualquer omissão. Diante de um conflito de direitos e garantias fundamentais, em patamar de igualdade, como o direito à informação e o sigilo como garantia estatal, deve-se levar em consideração, antes de mais nada, que nenhuma garantia é absoluta, portanto, é preciso conciliar as normas conflitantes por meio da interpretação da Constituição, com amparo no princípio da proporcionalidade, visando a harmonização dos preceitos constitucionais.

Palavras-chave:

Estado Constitucional de Direito; Administração Pública; Princípio da Publicidade Administrativa.

ABSTRACT

The construction of a constitutional state of law brings with it a tangle of nuances and primates whose legitimacy is necessary for an evolution and an improved political and social extremely active and dynamic. One of the key inputs of Public Administration in the national scene, constitutionally protected, is the principle of publicity. Although expressly granted such rule still lacks effectiveness in terms factual, and to this end, absolutely indispensable dialogue on the subject. The overall objective of this study is to discern on the imposition of exceptions to the principle of advertising effectiveness of public administration in Brazil, especially since the enactment of the Federal Constitution of 1988. In other words, sort out the narrow range to keep certain information confidential in the interests of the community, or bring this information to the public without any omissions. Faced with a conflict of fundamental rights and guarantees, at a level of equality, the right to information and confidentiality as a guarantee, it must be taken into consideration, first of all, no guarantee is absolute, so you must reconcile the conflicting norms through interpretation of the Constitution, to support the principle of proportionality in order to harmonize the constitutional principles

Keywords: State Constitutional Law, Public Administration, Administrative Advertising Principle.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO I - DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	21
1.1 ESTADO DE DIREITO	21
1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	25
1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO	30
CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O CHAMADO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DA PROPORCIONALIDADE	51
2.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	51
2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	61
2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO	63
2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E SUA NORMATIVIDADE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	66
2.5 SUPERANDO A DICOTOMIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA	69
CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA E OS IMPASSES ATUAIS	83
3.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A TEORIA DO “SEGredo DE ESTADO” NO REGIME DEMOCRÁTICO	83
3.2 O TRATAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIDADE.....	91
CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	115
ANEXOS.....	125
ANEXO A - LEI No 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991.....	126
ANEXO B - DECRETO Nº 4.553, DE 27 DE DEZ. DE 2002.	132
ANEXO C - LEI Nº 11.111, DE 5 DE MAIO DE 2005.....	150
ANEXO D - LEI 12.462, DE 5 DE AGOSTO DE 2011.....	154

1 INTRODUÇÃO

A construção do Estado como hoje é concebido é fruto de incontáveis transformações sociais, políticas e culturais ao longo de milhares de anos, em todo o globo. Em grande parte das organizações sociais vivenciadas, o ser humano constituiu uma comunidade organizada, e, via de regra, comandada por um soberano.

Atualmente, pode-se dizer que muitos dos aspectos da organização estatal são, antes de mais nada, dinâmicos e seu tratamento e legitimação devem, necessariamente, trilhar junto à sociedade a sua natural evolução.

Assim, nesse contexto, vários conceitos e princípios basilares do Estado vêm à tona, alguns com maior outros com menor intensidade. De maneira específica, o Princípio da Publicidade Administrativa ganha enorme destaque no cenário brasileiro após 1988.

A discussão trazida ao presente estudo, em suma, baseia-se na análise dos primados de um estado liberal, pautado na democracia e garantidor de direitos e garantias fundamentais. Afinal, não é por acaso que a Constituição Brasileira veio a definir alguns princípios básicos da Administração Pública inserindo, entre os quais, o Princípio da Publicidade.

Diante disso, no Estado brasileiro (assim como em diversos outros Estados em todo o mundo) verifica-se uma enorme dicotomia entre direitos e garantias constitucionais, cuja solução, conforme será defendido, decorre de hermenêutica constitucional de aplicação da razoabilidade e proporcionalidade a cada caso concreto.

A Constituição brasileira de 1988, dentre muitas outras disposições importantes ao Estado, trouxe em seu bojo diversos princípios constitucionais da Administração Pública. Se considerada a evolução histórica constitucional brasileira, constata-se, de uma análise pormenorizada da realidade atual, que alguns de referidos cânones, em especial do Princípio da Publicidade, ainda não foi integralmente recepcionado no efetivo exercício da atividade estatal.

Não se pode olvidar que parte de sua inaplicabilidade decorre do paradoxo que se estabelece entre o mencionado princípio e o próprio regime democrático.

De uma maneira geral, pode-se dizer que desde as primeiras organizações sociais o *segredo* sempre fez parte da Administração Pública. A ausência de prestação de toda e qualquer informação à população sempre foi foco dos governos em todo o mundo.

Coadunaram-se a essa ideologia incontável número de estudiosos do direito que, com o tempo, notaram que o segredo faz parte intrinsecamente da própria sociedade¹. A manutenção de algumas informações em segredo é fator justificador da manutenção do poder público, e, conseqüentemente, promulga a manutenção da organização e da paz social.

No transcurso do tempo, percebe-se que a manutenção de informações em segredo era ao mesmo tempo meio e também reflexo do exercício do poder. Não se poderia ter poder, se todos os cidadãos tivessem os mesmos conhecimentos que o próprio soberano. Idealiza-se, pois, que o governante é mais sábio que seus súditos.

Entretantes, na contemporaneidade, é gritante a necessidade de um estudo crítico constante sobre a inobservância desse princípio no Estado Constitucional de Direito para se obter uma atitude emancipatória do mesmo, posto que muitos dos problemas consubstanciados na cultura pública decorrem desse fato.

Para tanto, indispensável, primeiramente, percorrer as nuances primordiais dos modelos de Estado, isto é, distinguir o Estado de Direito, do Estado Democrático de Direito e do Estado Constitucional de Direito, estabelecendo suas analogias e heterogeneidades, a fim de melhor compreender a evolução da publicidade, enquanto princípio de cunho estatal, no decorrer dos tempos.

Por segundo, necessário mencionar, já no Estado Constitucional de Direito, acerca dos Princípios que regem a Administração Pública, em cenário nacional, a partir de uma Hermenêutica Constitucional emancipatória e legitimante. Nesse espaço, indispensável citar a defesa dos direitos e garantias fundamentais do homem, os descrevendo e os assimilando aos aspectos mais relevantes da Administração Pública.

Para finalizar, imprescindível conferir um enfoque específico ao Princípio da Publicidade Administrativa, cuja importância no regime democrático jamais pode ser olvidada tanto normativa quanto hermeneuticamente.

Assim, o presente estudo visa permear uma discussão, bastante problemática e ainda incontroversa, acerca da limitação ou não de certas informações à sociedade, isto é, da existência de exceções ao próprio

¹ Dentre os estudiosos que preconizaram acerca dos segredos de estado, pode-se citar Guy Debord, (1967) Aristóteles (1992), Montesquieu (2009) Hobbes (2006), entre outros.

principio da publicidade. A grande variedade de concepção de diversos autores sobre o tema, e a acepção que se verificava em diferentes momentos da história mundial e nacional a respeito, são o ponto de partida para uma compreensão mais assídua do assunto. Até que ponto a transparência ampla da realidade à população é meio efetivo de proteção da sociedade, ou, em contrapartida, até que ponto fornecer uma informação com uma margem de inverdade ou omissão é ato justificado para a defesa e manutenção dos interesses da coletividade.

CAPÍTULO I - DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

1.1 ESTADO DE DIREITO

O Ocidente é o local de uma construção arquitetônica de Estado, baseada no consenso sobre princípios e valores que, em um conjunto, formam a *chamada juridicidade estatal*, tendo como dimensões fundamentais desta juridicidade o governo de leis (e não de homens) gerais e racionais, a organização do poder segundo o princípio da divisão, o primado do legislador, a garantia de tribunais independentes, o reconhecimento de Direitos, liberdades e garantias, o pluralismo político, enfim, o funcionamento do sistema organizatório estatal subordinado aos princípios da responsabilidade e do controle, e do exercício do poder estatal através de instrumentos jurídicos determinados.

Assim, o Estado deveria fixar normas que trariam deveres e garantias tanto aos soberanos quanto a todos os cidadãos, o que resultou no Estado de Direito.

Acerca do tema, disciplina Bonavides:

Foi assim da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução histórica e decantação conceitual. (BONAVIDES, 2010, p. 30)

Para Canotilho, o Estado de Direito nasce como um “paradigma jurídico-político da cultura ocidental e do Estado liberal do Ocidente” (CANOTILHO, 2004, p. 07).

O ponto primordial é, aqui, o princípio da legalidade, pois são as primeiras manifestações de legislação aplicada à sociedade, sendo essa a formação reguladora da ordem jurídica que deu azo à denominação do “Estado Jurídico”.

Entretanto, apesar da força representada pelos ideais liberais, na prática, mesmo com a instituição de leis e normas, a situação dos indivíduos não havia modificado, isto é, a dicotomia entre soberanos e seus servos ainda permanecia, daí o ideal máximo de igualdade não possuir eficácia.

Com o tempo, especialmente em torno do século XVII, surgiram e gradativamente ganharam força novos ideais, que resultaram no conhecido Estado Social de Direito.

A principal divergência entre o Estado Liberal e o Estado Social situa-se na centralidade política. Enquanto que no primeiro ainda permanecia uma posição individualista, no segundo ela é integralmente social, além de estabelecer para o Executivo um papel de protagonista.

Aliás, para se ter uma ideia, é no século XIX que vem à tona o chamado Estado de Bem-Estar Social, fruto evidente do Estado Social de Direito, pregando a responsabilidade estatal pelo bem-estar do povo, isto é, saúde, alimentação, segurança, lazer a cada um de seus cidadãos.

Isto é fruto de lutas populares que foram crescendo, tanto no sentido de prover o Direito de sufrágio a todos, e não apenas para uma elite selecionada, quanto no sentido de efetivar de vez o ideário de igualdade. Através de reclamações e discussões entre a população e o Estado foram alcançados Direitos sociais que foram o estopim para a vigência de um regime *Democrático*, pautado, em especial, na assídua participação popular na formação dos atos governamentais, a fim de prover, como consequência, a igualdade social.

Canotilho, ao tratar do conceito de Estado de Direito, faz a seguinte análise:

A idéia de um Estado domesticado pelo Direito alicerçou-se paulatinamente nos Estados ocidentais de acordo com as circunstâncias e condições concretas existentes nos vários países da Europa e, depois, no continente americano. Na Inglaterra sedimentou-se a idéia de (*rule of law*) regra do Direito ou império do Direito. Na França emergiu a exigência do *Estado de legalidade* (*État légal*). Dos Estados Unidos chegou-nos a exigência do *Estado Constitucional*, ou seja, o Estado sujeito a uma constituição. Na Alemanha construiu-se o princípio do *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*), isto é, um Estado subordinado ao Direito. (CANOTILHO, 2010, p. 29).

Partindo dessa abordagem histórica, passa-se a compreender a Teoria do Estado enquanto Estado de Direito e Constitucional de Direito à luz da denominada teoria geral do garantismo jurídico formalizada por Luigi Ferrajoli.

Referendando Cademartori, a teoria geral garantista é capaz de promover uma análise rigorosa da estrutura normativo-institucional desse fenômeno conhecido como Estado de Direito e sua versão contemporânea, bem como propor um caminho para a correção das distorções que nos dias atuais determinam a crise do modelo.

Haja vista que o poder instituído ao soberano, *a priori* imutável, não concedia nenhuma segurança jurídica ao cidadão ou à sociedade, causando sim enormes diferenciações perante os súditos, sendo que para alguns os privilégios promoviam-se com total discricionariedade e para outros, não complacentes com o sistema organizacional em vigor, promoviam-se notórias arbitrariedades, nasce a necessidade de segurança no seio da classe burguesa, de modo a surgir exigências por parte dos integrantes dos “burgos”, dentre elas a concepção de um Estado Legal. Nas palavras de Cademartori:

Neste tipo de dominação (que Weber qualifica de “tipo puro”, já que inexistem na empiria), a dominação dá-se a partir de um calculo racional utilitário do dominado entre as vantagens da obediência e as desvantagens da desobediência à ordem do soberano (daí a sua racionalidade”); mas o mais importante neste tipo de dominação é que a ordem do soberano é corporificada em norma legal, impessoal e genérica, com previsão de consequências jurídicas. Forma-se assim uma burocracia que age por meio de expediente, ou seja, de procedimentos administrativos, sendo essa mesma burocracia recrutada por critérios impessoais. (CADEMARTORI, 2007, p. 4)

Com a consolidação do Estado Legal de Direito constata-se de modo progressivo a formalização nos atos emanados em âmbito do Estado, sendo a burocracia a sua exteriorização.

Compreende-se desta forma o surgimento de uma nova concepção no modo de atuar do “soberano”, devendo este atuar subordinadamente às normas estatuídas e delas não podendo ultrapassar, isto é, um poder *sub lege* ao qual toda forma de poder submete-se ao crivo da legalidade, seja qual for o nível hierárquico em que esteja situado e realizando a sua atuação mediante expressa previsão legal (*per leges*), desaparecendo desta forma os atos particulares, privilégios ou estatutos pessoais.

Inerente às características do governo *per leges*, Cademartori prevê três aspectos distintos:

a) a generalidade da norma, na medida em que esta apresenta-se conectada a todos os sujeitos ao ordenamento. Isto comporta uma normatividade média que reduz o risco de expressão injusta ou desenfreada do poder, o que é condição prévia da sua função niveladora, ao ser mais resistente ao

privilégio e á discriminação;

b) a abstração, enquanto segunda exigência dirigida à lei, supõe que a mesma deverá referir-se a situações – fattispencie normativas- nas quais qualquer pessoa possa encontrar-se. Como diz Bobbio. (...) a norma abstrata contida na lei se contrapõe à ordem dirigida a uma pessoa ou a uma classe de pessoas (...) para que seja cumprida uma ação especificamente determinada, cuja efetuação esgota de uma vez por todas a eficacia da ordem;

c) além disso a norma deve ser fruto da vontade geral, para que assim se evite que aqueles governos absolutistas ou autoritários que se expressem por meio de normas gerais e abstratas possam ser considerados Estado de Direito. (CADEMARTORI, 2007, p. 11-12)

Observa Peña que a criação da lei, fonte do Estado de Direito, deve ser formal (escrita) e deve impreterivelmente ser elaborada com vistas ao todo e pelo todo, ou seja, expressamente extraída da sociedade e sendo expressão da vontade geral. (PEÑA FREIRE, 1997)

Em especial é nesta senda que se desenvolve o sentido formal e potencial do garantismo da lei enquanto forma jurídica.

Considerando que a norma é geral e abstrata no Estado de Direito, inevitavelmente acabará por responder às exigências da igualdade geral, propalada pela classe burguesa e enquanto fruto da vontade geral, atenderá a exigência de liberdade e autonomia, criando parâmetros de vedação das arbitrariedades.

O sistema legalista implementado com o Estado de Direito complementa-se enquanto ordenamento; comando genérico e virtual de regulação das relações sociais e estatais, impondo assim limites objetivos e não mais subjetivos intransponíveis ao poder exercido.

Vê-se assim, não somente a necessidade de superar-se o período absolutista emblemado pelo domínio do soberano em face da população serviente, mas também a necessidade de estratificar comandos para a sociedade que, nas palavras de Grossi, ao tratar da qualidade de observância do Direito e uma comparação preciosa entre Direito e linguagem, se desmistificam da seguinte forma:

Embora a um leitor apressado possam parecer realidades muito distantes, Direito e linguagem tem uma plataforma comum. Antes de tudo pela sua íntima sociabilidade, pela suas naturezas de

dimensões necessariamente intersubjetivas: um só homem vivente sobre um planeta remoto não tem necessidade, enquanto permaneça em solidão, nem de um e nem de outro. Em segundo lugar, pelas suas características fundamentais de serem instrumento que ordenam a dimensão social do sujeito, a linguagem permitindo uma eficiente comunicação, o Direito permitindo uma pacífica convivência. (GROSSI, 2010, p. 23)

Especialmente sobre o poder *sub lege*, condizente à submissão dos poderes estatais (públicos) ao Direito, descreve Cademartori dois sentidos de compreensão:

- a) em sentido lato, franco ou formal: qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos pela mesma estabelecidos;
- b) em sentido estrito, forte ou substancial: todo poder deve ser limitado pela lei a qual condiciona não somente suas formas e procedimentos de atuação, normativa ou executiva, mas também o conteúdo do que ela pode ou não dispor. (CADEMARTORI, 2007, p. 13)

Coadunando com o autor, é sabido que Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito não são formas de ordenamentos jurídicos, mas sim modelos normativos que por sua natureza exprimem requisitos formais para a real efetividade.

Por esse motivo, mesmo estando um Estado-Nação teoricamente submisso às leis e à forma normativa interna, poderá não ser considerado um Estado de Direito, quando não cumprir com os próprios comandos legais, sendo arbitrário e promovendo unicamente seu próprio poder; instituindo por si a desobediência de suas regras previamente estipuladas.

1.2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A necessidade da criação de um Estado de Direito justifica-se em sua base histórica como limitação do poder pelo direito.

Urge nesta modificação um problema de limitação do poder especialmente visualizado pelos pensadores jusnaturalistas de concepção racional, que buscam formular uma teoria capaz de

resguardar a liberdade humana, pois nessa corrente doutrinária o indivíduo sempre fora titular de Direitos inatos e por tal razão deveria exercê-los perante a sociedade. Ademais, nada mais era o Estado do que a criação deliberada e consciente dos indivíduos segundo as teorias contratualistas.

Nas palavras de Bonavides:

Foi assim – da oposição histórica e secular, na idade moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção de Estado de Direito, mediante um ciclo de evolução teórica e decantação conceitual, que se completa com a filosofia política de Kant.

O Estado é armadura de defesa e proteção da liberdade. Cuida-se com esse ordenamento abstrato e metafísico, neutro e abstencionista de Kant, de chegar a uma regra definitiva que consagra na defesa da liberdade e do Direito o papel fundamental do Estado. (...) Esse primeiro Estado de Direito com seu formalismo Supremo que despia o Estado de substantividade ou conteúdo, sem força criadora, reflete a pugna da liberdade contra o despotismo na área continental européia. (BONAVIDES, 2009, p. 41)

Assim, consabido de que o Estado de Direito, fruto dos movimentos realizados pela classe burguesa, nasce como guardião supremo das liberdades individuais, com escopo na legalidade, fazendo emergir transformações de caráter político, haja vista que a classe antes mencionada fora a criadora dos princípios filosóficos norteadores da concepção de Estado. Por tal motivo, tal classe passa a concentrar grande parte do aparato de poderio em suas mãos, detendo o controle político da sociedade, garantindo a manutenção dos seus próprios princípios estruturantes, tanto formal quanto materialmente.

Com tal movimentação no âmbito social, a sociedade organizada, por derradeiro, passa a descobrir as liberdades individuais e voltar os olhos para um novo Direito que surgirá, qual seja aquele emanado da razão humana, iniciando assim, como refere Bonavides, a “dinamitação da primeira fase do constitucionalismo burguês”. O autor assim se pronuncia:

O curso das idéias pede um novo leito. Da liberdade do Homem perante o Estado, a saber, da idade do liberalismo, avança-se para a idéia mais democrática da participação total e indiscriminada desse mesmo homem na formação da vontade

estatal. Do Princípio Liberal chega-se ao Princípio Democrático. Do governo de uma classe chega-se ao governo de todas as classes. E essa idéia se agita, sobretudo, com invencível ímpeto, rumo ao sufrágio universal. A burguesia enunciava e defendia o princípio da representação. Mas representação, a meio caminho, embaraçada por estorvos, privilégios, discriminações. (BONAVIDES, 2006, p. 43)

A liberdade democrática numa sociedade assim estruturada aparece apenas como mera denominação, não se estendendo além da classe preponderante (burguesa).

Desse modo, vantagem ainda maior obtém a classe burguesa, pois as massas populares de modo algum detinham condições para concorrer através do córrego democrático para a esfera de poder, criando-se total ficção democrática, pois a burguesia permanecia a falar em nome de toda a coletividade sobre Direitos e liberdades de toda a comunidade humana. Em realidade, a eficácia deste discurso ocorria parcialmente somente em proveito da própria classe.

A respeito da ascensão burguesa pela via democrática, e a concepção literária deste período é consabido que com o advento da separação de poderes embasado pelo teórico Montesquieu e sua visão prestigiosa, tinha-se certa solução para os problemas enfrentados naquela fase política, eis que salvaria a liberdade por meio de contrapesos entre o poderio estatal e garantias devidamente instituídas.

Outrossim, não se pode olvidar aqui da concepção de John Locke, teórico inglês que atribui o poder executivo ao monarca, bem como outros poderes de importância social (que viessem a interferir em âmbito de guerras, paz, tratados, entre outros), pois, caso contrário, poderia ocorrer desordem e dano. (LOCKE, 1998).

Montesquieu a seu tempo concebe a tripartição de poderes ao mencionar que todo poder tende a corromper-se e todos os que o possuem tendem a ser levados, mais cedo ou mais tarde a abusar de suas funções. (MONTESQUIEU, 2009).

Em sua teoria, Bonavides não se preocupa com a dissolução do poder em esferas distintas e em mãos diversas a fim de conter a abusividade soberana, mas contenta-se plenamente com a denominada transferência do poder “íntacto do rei para o povo”. Tratou esse filósofo da política de maneira contratual, um embasamento da *volonté générale*, ou seja, transmutando os Direitos naturais em Direitos civis. (BONAVIDES, 2006).

Del Vecchio, a este respeito, descreve:

Segundo Rousseau, urge conceber da seguinte maneira o contrato social: faz-se mister que os indivíduos confirmem momentaneamente os seus Direitos ao Estado, o qual, em seguida, os restitui a todos, mudando-lhes os nomes; já não se chamam Direitos naturais e sim Direitos civis. De tal modo que o ato cumprindo-se igualmente para todos, ninguém sai privilegiado e a igualdade fica desse modo preservada. Ademais, cada qual conserva sua liberdade, porquanto o individuo se torna súdito unicamente em relação ao Estado, que é a síntese das liberdades individuais. Por essa espécie de inovação ou de transformação dos Direitos naturais em Direitos civis, têm os cidadãos assegurados pelo Estado, os Direitos que possuíam já por natureza. (DEL VECCHIO, 1937, p. 216)

Nesta senda nota-se facilmente contradição entre ambos os autores, considerando que a doutrina liberal-democrática mencionada por Rousseau retrata uma forma absoluta da soberania popular com determinadas características: inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que corresponde a um pensamento único de poder, porém, colide com o pluralismo dos poderes entabulado por Montesquieu, sob o prisma que o poder deve ser dividido.

Por fim, destaca-se a articulação das dimensões entre Estado de Direito e de Estado Democrático, permitindo concluir que, no fundo, a divergência existente entre Estado de Direito e democracia, é um dos mitos do pensamento político moderno.

Em outras palavras, um governo de homens segundo a lei constitucional, imprescindivelmente será regulamentado por princípios jurídicos implícitos na consciência jurídica geral.

A teorização do Estado de Direito Democrático centrou-se em duas ideias básicas, quais sejam: o Estado limitado pelo Direito e o poder político estatal legitimado pelo povo.

O Direito interno do Estado significa o poder democrático como sendo o poder do povo que reside no território do Estado ou está sujeito à soberania desse.

Hodiernamente, os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de regras e princípios jurídicos

internacionais.

Estes princípios e regras são, em grande número, recebidos ou incorporados no Direito interno, fazendo parte de modo geral das legislações constitucionais de vários países, a exemplo da Constituição da República Portuguesa em seu artigo 8º, nº 1 e 2º.

Nenhum Estado pode permanecer fora da comunidade internacional. Por este motivo, deve submeter-se às normas de Direito internacional, quer nas relações internacionais, quer no próprio modo de organizar-se internamente.

A chamada amizade entre os povos é uma forma de abertura ao Direito Internacional, que por sua vez nada mais é do que uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito.

Em termos mais concretos, a vinculação do Estado ao Direito internacional começa, desde logo, pela observância e cumprimento do chamado Direito imperativo (*jus cogens*) internacional. (CANOTILHO, 2010, p. 111).

Embora a doutrina ainda não tenha recortado de forma clara e indiscutível o núcleo deste Direito cogente, existem alguns princípios limitativos do Estado, tais como, por exemplo:

- a) o princípio da paz,
- b) o princípio da independência nacional,
- c) o princípio do respeito do Direito dos povos à autodeterminação
- d) o princípio da independência e igualdade entre os povos,
- e) o princípio da solução pacífica dos conflitos,
- f) o princípio da não ingerência nos assuntos internos de outros Estados.

Esses princípios inerentes aos textos internacionais não deixam de ter acolhimento como normas de conduta e como limites jurídicos do poder de atuação de cada país.

Para constar, observa-se a aplicação dos textos alhures citados nos seguintes documentos constitucionais:

- a) Constituição da República Portuguesa de 1976

² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, art. 8º:

1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português.
2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.

(artigo 7º, nº I), ³

b) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (artigo 4º), ⁴

c) Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1989 (artigo 12º)⁵

A compreensão desses ditames de patamar internacional, na contemporaneidade, é imprescindível para uma compreensão integral do Estado. Com meridiana clareza, pode-se afirmar que sua importância em todos os países veio acentuada com a globalização e influência direta e indiretamente a evolução de cada Estado.

1.3 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO

A construção ideológica do Estado de Direito enquanto dimensão de valores que o fundamentam possuiu como primado as relações entre o indivíduo e o poder. Porém, com o passar do tempo, este modelo não mais satisfaz os interesses da população, ocasionando uma verdadeira crise do Estado de Direito.

Verifica-se que o Estado de Direito até então concebido possuía conflitos com a realidade social, o que deixava a norma em sua total abstração, sendo meio incapaz de proporcionar a paz social e o controle

³ Portugal preconiza a abolição de todas as formas de imperialismo, colonialismo e agressão, o desarmamento geral, simultâneo e controlado, a dissolução dos blocos político-militares e o estabelecimento de um sistema de segurança colectiva, com vista à criação de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos.

⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

⁵ A República Democrática de São Tomé e Príncipe está decidida a contribuir para a salvaguarda da paz universal, para o estabelecimento de relações de igualdade de direitos e respeito mútuo da soberania entre todos os Estados e para o progresso social da humanidade, na base dos princípios do direito internacional e da coexistência pacífica.

político da sociedade de maneira igualitária.

A forma mais adequada para superar essas dificuldades, foi conferir efetividade normativa às denominadas constituições dos Estados, com vistas a dar máxima vinculação dos poderes do Estado e de sua produção normativa. Desta feita, a lei em sentido formal permanece vinculada estritamente a norma hierarquicamente superior, qual seja, a Constituição.

Nesse sentido, com novas dimensões jurídicas do ordenamento vigente que por sua natureza irá modificar a estruturação do próprio princípio da legalidade já estatuído nos modelos anteriores, fundado numa definição inicial de submissão do poder público à lei.

A partir de então, essa mesma submissão torna-se aplicável a todo o poder do Estado de Direito.

Conforme delineado por Cademartori, concebe-se nova superação do positivismo jurídico, não mais ocorrendo unicamente a redução do Direito a lei e do jurídico ao legislativo:

Destarte, a passagem do Estado legislativo ao constitucional pressupõe o caráter normativo das constituições, as quais passam a integrar um plano de juridicidade superior, vinculante e indisponível, em linha de princípio, para todos os poderes do Estado. As normas constitucionais são vinculantes de tal modo que resta assim superada definitivamente a imagem fraca da juridicidade constitucional característica do período liberal e estarão situadas acima dos poderes do Estado e fora do campo de ação e conflito políticos. Desta forma, os poderes do Estado não podem dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais - pelo menos em condições de normalidade - e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída. (CADEMARTORI, 2007, p. 18-19)

A respeito disso, sabe-se que em constituições de modelo ou estrutura rígida, embora existam mecanismos previstos em seu bojo para eventual modificação, vislumbra-se a presença de cláusulas pétreas, as quais são indisponíveis aos poderes majoritários.

A única hipótese de modificação das constituições quanto a essas normas pressupõe a aparição de um novo poder constituinte que agiria sob um procedimento específico.

Nas palavras de Canotilho:

Doutrinalmente, designa-se por rigidez constitucional justamente a existência de limites a revisão constitucional que distinguem a alteração da lei fundamental em relação a alteração das demais leis. É o que sucede com a CRP, tal como, de resto, com a quase totalidade das constituições contemporaneamente vigentes. À rigidez constitucional acresce a supremacia da constituição sobre as demais normas jurídicas. A constituição não só não pode ser infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso, além de acrescentar o princípio da primazia, rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a constituição, como também não pode alterá-la, livremente e em qualquer momento. (CANOTILHO, 2010, p. 19)

As dificuldades de modificação existentes então nas constituições denominadas rígidas traduzem-se nos Direitos fundamentais, que nada mais são do que signos deste processo.

Ao abordar o assunto, Mendes discorre sobre a existência de cláusulas pétreas dentro do sistema constitucional alemão, e leciona:

[...] tais cláusulas de garantia traduzem, em verdade, um esforço do constituinte para assegurar a integridade da constituição obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição ou enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que como ensina HESSE a constituição contribui para continuidade da ordem jurídica fundamental na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade. Nesse sentido pronunciou-se o tribunal constitucional alemão, asseverando que o constituinte não dispõe de poderes para suspender ou suprimir a constituição. (MENDES, 1990, p. 96-97)

Com propriedade do assunto, ressalta Cademartori que sob um ponto de vista fenomenológico, todos os limites legais ou constitucionais impostos ao poder político estão nas mãos daqueles que exercem tal poder. Desta maneira, resta compreender que a alteração de limites nunca estará descartada; porém, reconhecer Direitos em sede

supra legal, e garanti-los, é de extrema valia.

Assim menciona Ferrajoli, citado por Cademartori, ao dispor de que:

A única garantia material concebível é o que ele denomina garantia social como condição social de efetividade de todo o ordenamento constitucional e de seu sistema normativo de garantias jurídicas e políticas. Consiste no sentimento que cada pessoa possui de seus próprios Direitos, da sua identidade e dignidade enquanto cidadão de onde deriva a sua disposição para a luta para a defesa e realização dos Direitos vitais próprios e alheios individuais e coletivos. Somente pela pressuposição desta garantia pessoal podem funcionar as declarações e limitações constitucionais. (CADEMARTORI, 2006, p. 23).

Assim, ao menos por algum momento, restará resguardado o conteúdo normativo das constituições. No Estado Constitucional, tais garantias repelem toda e qualquer manifestação de poder arbitrário exercido em face do indivíduo.

As garantias constitucionais visam, em sua gênese, subordinar o próprio modo de agir, somente podendo se manifestar em conformidade com a lei, o que impede qualquer violação de Direitos criados na sociedade e tidos como intocáveis: os Direitos fundamentais.

A denominada Força Normativa das Constituições⁶, afigura-se não como mero documento político idealizado por Ferdinand Lassalle, que em suas palavras originais não passaria de um mero pedaço de papel - *ein sück papier*. (HESSE, 1991).

Esse autor traduz a incompreensão no sentido de que, anos após a consolidação de constituições escritas, o seu real desenvolvimento permanece controvertido, pois não se demonstram enquanto instrumentos aptos a efetivar a separação de poderes políticos, pois as forças políticas movem-se naturalmente, mesmo existindo uma Constituição rígida, e modificam através do processo legislativo a estrutura do Estado, em nada respeitando a carta política. Referida situação permeou os dias de Hesse e advém até ao período atual.

⁶ Sobre o conceito de “força normativa” v. Konrad Hesse, a força normativa da Constituição, 1991 (trata-se da aula inaugural proferida por Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959). V. também, sobre o tema: José Afonso da Silva, Aplicabilidade das normas constitucionais, 1998 (1ª edição de 1969) e Luís Roberto Barroso, O direito constitucional e a efetividade de suas normas, 2002.

Hesse, de maneira percuciente, disciplina:

A força normativa da constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma realidade. A constituição jurídica logra converter-se ela mesma em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a constituição não possa por si só realizar nada, ela pode impor tarefas. A constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a própria disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional – não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*) mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (HESSE, 1991, p. 19)

Ao denominar Hesse de modo poético a vontade de constituição, ele delineia três vertentes, uma compreendida na necessidade e o valor de uma ordem jurídica constitucional não quebrável de modo a imunizar o indivíduo das arbitrariedades do Estado; no sentido de a ordem jurídica não estar apenas legitimada pelos fatos, mas ser objeto de intensa legitimação; e, por último, no sentido de que, ao contrário da lei firmada no pensamento, a ordem constitucional necessita para a sua eficácia da vontade humana. (HESSE, 1991)

Burkhardt esclarece a categoria:

Deve ser honestamente preservado, mesmo que para isso tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado mormente ao Estado democrático. (BURCKHARDT, 1931, p. 8).

O Estado de Direito Constitucional na verdade é um Estado de

Direitos Fundamentais. Entretanto, urge uma indagação sobre esse conceito posto que, talvez num plano de pensamento altamente crítico, pode-se pensar sobre a existência ou não da própria democracia no Estado Constitucional de Direito.

Por muito tempo falou-se acerca do tema de *Direito* no Estado de Direito sem se ter mencionado acerca dos hoje difundidos Direitos fundamentais.

Um olhar mais atento ao constitucionalismo sugere precisamente à indissociabilidade do Estado de Direito e dos Direitos fundamentais, a iniciar pela *Declaration of Rights* da Virgínia, de 1776, na qual se elevam os Direitos e liberdades à *base e fundação* do governo.

No mesmo sentido, a *Declaração de Independência* dos Estados Unidos, termina por localizar também os Direitos e liberdades do indivíduo numa esfera jurídica que está *antes* e está *sobre* o Direito criado ou posto por qualquer legislador infraconstitucional.

Mesmo que o legislador seja democraticamente legitimado (Estado Democrático de Direito), os Direitos valem como *direitos positivos*, ou seja, como Direito juridicamente vigente garantidos quer pela constituição, quer pela lei.

Na qualidade de patrimônio subjetivo indisponível pelo poder, são os Direitos e liberdades que limitam a lei. Em outras palavras, não é a lei que cria e dispõe dos Direitos fundamentais. As leis violadoras de Direitos fundamentais constitucionalmente garantidos sequer merecem ser aplicadas.

Por isso, não se pode afirmar que a existência de uma Constituição por si só pressupõe-se-ia a existência e aplicabilidade dos direitos fundamentais, que por vezes podem inclusive ser inexistentes na esfera constitucional de algumas nações, seja pela construção cultural oriunda daquela localidade, seja por ato voluntário e político dos governantes. Impasse esse que por muito tempo, consolidou-se nas declarações de Direitos fundamentais fixados em constituições com somente a literalidade de suas mensagens (bondosas e carismáticas) e descuraram os modos, os procedimentos e os processos de garantir efetividade dos direitos nelas contidos.

Segundo a doutrina constitucionalista, referida situação conduziu a dois modos de erosão da força normativa dos Direitos e liberdades:

Por um lado, as declarações de Direitos fundamentais mantiveram-se apenas nas expressões em si contidas de índole filosófica, eternas e imorredouras, esquecendo por outro lado que os indivíduos eram pessoas humanas e suas relações sociais reais, não fictícias.

Por outro lado, e também por isso, os Direitos caíram nos braços criadores do legislador, de modo que os Direitos e liberdades não valiam de *per si*, não radicavam posições subjetiva individual e garantida, possuindo validade somente quando o legislador fizesse um *código* ou uma *lei* onde se regulamentassem os Direitos; então sim, os indivíduos se beneficiavam de proteção jurídica.

Por derradeiro, a *regulamentação das liberdades* determinava que os Direitos fossem criados pela lei e só depois de regulamentados por ela poderiam ser juridicamente invocados.

Canotilho descreve tal realidade:

O Estado de Direito só pode ser Estado de Direito se for também um *Estado Democrático* e um *Estado social*. Nesta perspectiva, o Estado de Direito transformou-se em *Estado de Direitos pessoais, políticos e sociais*.

Dizer que o Estado de Direito é um *Estado de Direitos* significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. Estarem os Direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentalidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição).

Significa, em segundo lugar, que, valendo como Direito constitucional superior, os Direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis.

A constitucionalização dos Direitos revela a fundamentalidade dos Direitos e reafirma a sua positividade no sentido de os Direitos serem posições juridicamente garantidas e não meras proclamações filosóficas, servindo ainda para legitimar a própria ordem constitucional como ordem de liberdade e de justiça. Uma outra dimensão deve, porém, ser revelada: não basta a consagração de Direitos numa qualquer constituição. A história demonstra que muitas constituições ricas na escritura de Direitos eram pobres na garantia dos mesmos. As constituições de fachada, as constituições simbólicas, as

constituições álibi, as constituições semânticas, gastam muitas palavras na afirmação de Direitos, mas pouco podem fazer quanto à sua efetiva garantia se os princípios da própria ordem constitucional não forem os de um verdadeiro Estado de Direito. Isto conduz-nos a olhar noutra direção: a dos *princípios, bens e valores* informadores e conformadores da juridicidade estatal. (CANOTILHO, 2010, p. 19-20)

Na esteira dos chamados direitos fundamentais, estruturantes do moderno Estado de Direito, em especial no plano interno, na forma de um núcleo básico e incontrastável, surge a instituição do Direito Internacional, que vincula os ordenamentos jurídicos internos, a partir de alguns direitos universais, os denominados *Direitos humanos* ou *Direitos do homem*.

Estado de Direito é o Estado que respeita e cumpre os Direitos do homem consagrados nos grandes *pactos internacionais* (exemplo: Pacto Internacional de Direitos Pessoais, Cíveis e Políticos; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), nas grandes *declarações internacionais* (exemplo: Declaração Universal dos Direitos do Homem) e em outras grandes *convenções* de Direito internacional (exemplo: Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

A vinculação dos países pelo Direito internacional é, em alguns Estados, de tal forma intensa que leva as próprias constituições a proclamarem de modo exemplar os primados internacionais como fontes de direito, de valor superior à própria constituição (exemplo: Holanda e Áustria).

A concepção de Estado Democrático de Direito, inexistiria não fosse pela chamada constitucionalização de Direitos naturais, que nada mais são do que a real vertente das garantias asseguradas aos cidadãos, visando inibir o abuso de poder por parte dos governantes.

Através da positivação dos Direitos naturais no ambiente constitucional, passam então a ser chamados de Direitos fundamentais, escopo da democracia moderna e do Estado Democrático de Direito.

Ocorre assim, a legitimação democrática de todo e qualquer governante, que inevitavelmente deverá pautar seus atos com fundamento em tais Direitos.

Cademartori descreve:

A legitimidade democrática dos governos contemporâneos passa assim a ser medida pelo respeito e pela implementação desses Direitos por

meio de mecanismos de legalidade, erigida esta em instrumento privilegiado de concretização dos valores fundamentais que são plasmados por meio daqueles. (CADEMARTORI, 2007, p. 25)

Com a implementação dos Direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos constitucionais, estrutura-se um novo modelo normativo, hoje denominado neoconstitucionalismo.

Define Cademartori, nos passos de Pietro Sanchís, o neoconstitucionalismo como:

a) um conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam o poder do Estado e protegem os Direitos fundamentais;

b) a ideologia que sustenta esse modelo de organização;

c) enquanto teoria do Direito, é o discurso descritivo que a constitucionalização implicou para as categorias centrais de seu objeto, tais como Direito subjetivo, norma, interpretação etc.;

d) enquanto método, colocar-se-ia em sentido oposto ao positivismo, ao reivindicar a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre Direito e moral.

(CADEMARTORI, 2007, p. 25-26)

Historicamente, as modificações advindas do conceito de Estado de Direito deram origem a inúmeras indagações ao que se refere à neutralidade da legislação e à formalidade da lei, pois a sociedade precisava mais do que isso para tornar eficaz as retenções advindas de um novo Estado que se formava, um Estado Social após a I Guerra Mundial. Assim foram implantados novos processos sociais, destacando-se a constituição de Weimar (alemã) percussora de grande representatividade do pacto social, estabelecendo compromissos entre instâncias divergentes, e ao mesmo passo uma espécie de supra legalidade às normas contidas no texto constitucional.

Superada a racionalidade de Lassalle, em entender o texto constitucional como mero documento político (folha de papel), como já dissertado nas páginas anteriores, convém analisar o enredo teórico existente no sentido de dar legitimidade ao Estado Constitucional e efetividade aos Direitos fundamentais nele inseridos implícita e

explicitamente.

Tais Direitos estão inseridos na forma de garantias normativas, além de constituir uma institucionalização *metódica constitucional*. (RAMOS DUARTE e POZZOLO, 2006).

Para melhor compreensão das facetas do neoconstitucionalismo, valemo-nos das palavras de Comanducci, o qual distingue três formas diferentes de neoconstitucionalismo: o neoconstitucionalismo teórico, o neoconstitucionalismo ideológico e o neoconstitucionalismo metodológico.

Por primeiro, o neoconstitucionalismo teórico visa descrever as bases teóricas do processo de constitucionalização e assume a defesa de um modelo normativo jurídico que se deriva desse processo constitucionalizatório, concebendo uma estrutura findante de princípio e regras para a interpretação e aplicação da lei.

Em um segundo momento, o neoconstitucionalismo apresenta-se na forma ideológica não somente limitando-se a descrever as bases do processo de constitucionalização, mas ampliando este conceito e em particular ressaltando a importância dos mecanismos insertos nos textos constitucionais de proteção dos Direitos fundamentais, adotando como modelo axiológico a constituição como norma. Coloca, assim, em total evidência a interpretação da lei infraconstitucional em relação à Constituição.

E por último, o neoconstitucionalismo metodológico, que reivindica uma conexão necessária entre o Direito e a moral. (COMANDUCCI, 2003)

Figueroa, buscando caracterizar as ideias advindas da doutrina neoconstitucionalista, condensou algumas especificidades da mesma, a saber:

A primeira baseia-se no *Pragmatismo*; nesta dimensão, o conceito do Direito torna um conjunto de sistemas jurídicos particulares dos Estados constitucionais em matéria central para a elaboração de um possível conceito de Direito. Aqui, impõe-se um modelo de ciência jurídica que se contrapõe ao que tradicionalmente vem sendo defendido pelo positivismo jurídico, isto é, a prioridade do caráter prático da ciência jurídica frente à sua apresentação como um estudo de caráter científico impulsiona o paradigma neoconstitucionalista à inclusão também da dimensão política de Direito;

Em segundo lugar, menciona o autor o *Sincretismo Metodológico*, conceito neoconstitucionalista que requer uma via que se situe entre a orientação analítica e a hermenêutica, fazendo depender a exegese e aplicação fundamental de um conjunto de metodologias que se interconectem;

Em terceiro lugar, o *Principialismo*, basicamente fundamentado na conceitual distinção existente na doutrina entre princípios e regras. Esta base se expressa em nível neoconstitucional através de princípios com carga axiológica, os quais existem como parâmetro para a resolução de conflitos normativos em matéria de Direitos fundamentais (colisão de Direitos ou princípios);

Também menciona o autor o *Estatalismo garantista*, que entende ser um conceito inerente à segurança jurídica para a solução de conflitos através das instituições estatais, configurando-se o Estado em sentido lato instância comum à realização dos Direitos humanos e como unidade de garantia da paz social, ou seja, exige-se a garantia de existência de instrumentos capazes de assegurar a efetividade dos Direitos fundamentais.

Ainda retoma ao *Judicialismo ético-jurídico*, que exige dos juristas, seja qual for a sua forma de operação da ciência jurídica, juízos de convalidação e justificação das decisões. Refuta-se na integralidade a tese trazida pelo positivismo clássico de discricionariedade judicial, propugna-se com o neoconstitucionalismo que a dimensão da justiça pretendida seja resultado da conjunção de elementos jurídicos e éticos para o caso concreto;

O *Interpretativismo moral – constitucional*, estabelece que a interpretação da constituição consubstancia-se pela moral, dando ao intérprete poder para intervir com juízos de valor compatíveis com a moralidade da pessoa humana, bem como realizar a construção dos valores estritamente dirigidos pelo Estado Democrático de Direito;

Por *Pós positivismo*, aduz o autor de que em âmbito ocidental almeja não a mera descrição da organização do poder ou de como funciona o Direito positivo neste cenário, constituindo-se, pois, como um modelo com valores normativos do Direito ao qual o Direito positivo deveria atender;

Por último, discerne acerca do *Juízo de ponderação*, com enfoque na resolução dos chamados *hard cases* (casos difíceis - a expressão identifica situações para as quais não há uma formulação simples e objetiva a ser colhida no ordenamento, sendo necessária a atuação subjetiva do intérprete e a realização de escolhas, com eventual emprego de discricionariedade), nos quais nenhuma regra estabelecida dita uma decisão em qualquer direção.

Concede-se ao juiz a discricionariedade de decidir de uma ou outra maneira com fundamento em princípios detentores de uma dimensão de peso, sendo sobreponderados e ponderados entre si.

A compreensão da ideologia neoconstitucionalista é

absolutamente imprescindível para a apreensão da relevância dos princípios constitucionais. (FIGUEROA, 2003)

Nesse sentido, é reconhecido que o estudo dos princípios constitucionais é de suma importância para todo e qualquer ramo do Direito, mais precisamente no que concerne ao seu grau de eficácia e aplicabilidade.

Tratando-se de princípio fundamental, importante frisar que ante a sua identidade igualmente como Direito fundamental, em tempos de pós-positivismo, não há como negar a sua força normativa e aplicabilidade imediata aos casos em concreto.

Vale salientar que Ferrajoli não compactua com o que ele denomina de *constitucionalismo principialista*, pois: a) discorda de que haja uma conexão necessária, e não apenas contingente entre direito e moral; b) entende, por isso, que o neoconstitucionalismo principialista assume uma posição jusnaturalista, sendo que o garantismo é uma teoria positivista crítica; c) critica o ponderacionismo, que vê apenas como interpretação sistemática, resultando aquele em mera subsunção. Em síntese, divide o constitucionalismo atual em constitucionalismo principialista (ou neoconstitucionalismo) e constitucionalismo garantista. (FERRAJOLI, 2006)

De qualquer forma, não há como perder de vista que o Direito de modo geral também tende para a construção de uma teoria voltada para a realização dos valores constitucionalmente reputados como fundamentais.

É de se notar que as normas principiológicas não somente formam a base de todo o ordenamento jurídico-positivo – pairando sobre todas as demais normas de comportamento – de um determinado Estado, mas também dão ao mesmo, estrutura e coesão.

Tudo converge deste modo, a indicar que as leis e os demais atos normativos de igual ou inferior valor, além de deverem obediência aos Princípios, precisam também ser interpretados e aplicados de acordo com os cânones previstos na Constituição.

Considerando o aspecto formal de democracia contido nas constituições ocidentais, em que o governo é exercido pelo “povo” através de seus representantes, os quais agem na forma de mandatários de modo a decidir os rumos do país, vê-se imprescindivelmente a necessidade de existir um ordenamento constitucional de Direitos e garantias fundamentais fortalecido e complexo, capaz de relativizar e limitar o poder delegado pelo cidadão ao seu representante político, evitando assim o poder absoluto nas mãos do Estado.

Na esteira dos Direitos Humanos, evidenciam-se constituições

escritas justamente com a finalidade de limitar o poder político, e, para tanto incorporando Direitos subjetivos do homem em normas básicas, reforçadas por garantias que os subtraem da disponibilidade do próprio legislador ordinário.

Cademartori preleciona que os Direitos ditos fundamentais conhecidos hoje podem apresentar-se de várias formas, seja como “prerrogativas que tem o indivíduo em face do Estado” visando evitar o abuso de poder; como fruto de uma concepção individualista da sociedade, a qual postula que o Estado surge a partir do acordo entre indivíduos livres e iguais, soterrando assim uma concepção holística, a qual se fez presente desde Aristóteles até o renascimento; seja como direitos históricos, haja vista o momento de desenvolvimento destes desde o período renascentista.

Ademais, tais direitos são considerados conquistas do homem ao longo do tempo, eis que são “frutos de condições reais ou históricas” demarcando o período de ascensão do Estado de Direito face à monarquia absolutista. O fundamento de validade do Estado não é passível de extração da natureza humana, mas do consenso da coletividade de homens, pois são Direitos já reconhecidos por todas as sociedades; Direitos estes inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis. (CADEMARTORI, 2007)

Ademais, entende Alexy os Direitos fundamentais como princípios, constituindo-se estes como uma espécie diferenciada das regras, (as quais, ou se aplicam na integralidade, ou absolutamente não se aplicam), compreendendo os princípios como mandados de otimização *prima facie* que visam regular situações jurídicas, sendo que o intérprete deverá adequá-los com ponderação para cada caso. (apud CADEMARTORI, 2007)

Salienta esse autor que são necessários os princípios nos ordenamentos jurídicos da contemporaneidade, eis que assumem função de importância grandiosa posto que reverterem históricas situações desmedidas provocadas ou autorizadas pelo Estado Legal de Direito emergido de sistemas totalitários.

Menciona ainda, que em razão dos Direitos fundamentais estarem enunciados na forma de princípios do ordenamento, inexistente hierarquia entre eles, não podendo sequer se saber, de um plano inicial, qual será e deverá ser aplicado ao caso em concreto, devendo ser analisadas as nuances e particularidades de cada situação. Para tanto, o judiciário, ao se pronunciar, com fundamentação da norma aplicada ao seu melhor argumento, deve se fazer valer da teoria da argumentação.

Para Ferrajoli, tais direitos não são fundados, mas fundantes, não

sendo normas, mas sim princípios éticos-políticos externos, carentes de fundamentos, porém uma vez incorporados à ordem normativa convertem-se em normas jurídicas de nível constitucional, refletindo tanto o caráter externo como ético-político, quanto interno, ou jurídico das fontes de legitimação do Direito. (FERRAJOLI, 2006)

O autor italiano ainda descreve quatro teses em matéria de Direitos fundamentais:

A primeira diz respeito aos Direitos fundamentais e Direitos patrimoniais, os compreendendo enquanto direitos universais, inclusivos, indisponíveis, personalíssimos, ao passo que os Direitos patrimoniais são singulares, exclusivos, disponíveis, negociáveis. O autor diferencia o Direito de propriedade do Direito à propriedade, concedendo a este último o status de Direito fundamental ante os primados da igualdade e da dignidade.

A segunda volta-se aos Direitos fundamentais e democracia substancial, citando que diferentemente da posição baseada na maioria, os Direitos fundamentais, visam à promoção de igualdade e de dignidade, em patamar particular, limitando o poder de disposição das maiorias.

A terceira tese trata de Direitos fundamentais e cidadania, entendendo que esta última diz respeito a apenas uma classe de Direitos fundamentais, pois caso se reduzam os Direitos fundamentais aos Direitos de cidadania, ocorrerá inevitavelmente a exclusão dos não cidadãos (imigrantes ilegais, por exemplo), que também são tutelados, pois os Direitos fundamentais são universais.

Por fim, cuida de Direitos fundamentais e garantias, salientando que Direitos são expectativas positivas ou negativas que correspondem a obrigações e garantias (primárias) do Estado e dos poderes em geral, estabelecendo-se também garantias secundárias, ou seja, a obrigação de reparar via judicial a lesão provocada ao direito (por inadimplemento das garantias primárias).

Por sua vez, Ferrajoli compreende os Direitos fundamentais como universais combatendo em acirrado debate a negação de tal universalização por parte da doutrina que sob a égide do relativismo cultural nega tal existência, alegando que a relativização das culturas, em especial as orientais, não comportam a existência dos Direitos fundamentais na forma concebida pelas nações ocidentais. (FERRAJOLI, 2001)

Refutando tais entendimentos, destaca algumas falácias na defesa de tais teses.

A primeira citada é a naturalista, derivada do reconhecimento de

fato da pluralidade e diversidade das culturas.

A segunda falácia é jurídica, pois o princípio da igualdade e os direitos são no mínimo esferas diferentes. Incorrem assim no falso entendimento de que os Direitos humanos somente possuem fundamento nas cidadanias dos ordenamentos, confundindo o universalismo jurídico com o universalismo como doutrina moral.

E a terceira, consiste no tipo metajurídico, sob a alegação que os Direitos fundamentais possuem legitimidade outorgada pela maioria.

O grande problema é trazido pelo entendimento de ser legítimo somente o que for prolatado pela maioria, o que de fato contraria a existência de Direitos fundamentais, pois estes são contra a maioria (contra majoritários).

Sob a concepção trazida por Wolkmer, compreende-se que as origens da universalização e consolidação dos Direitos do homem, historicamente nasceu na França após a revolução, fundamentada no conceito de igualdade de todos os indivíduos perante uma legislação comum. Construiu-se assim, uma teoria assente na concepção individualista, patrimonial e científica, em que o Direito expressa o que está na lei escrita e o Estado é a fonte direta e exclusiva de todas as normas. (WOLKMER, 2003).

Sustentou-se assim o Estado e Direito moderno, entretanto, nas últimas décadas deste século, em fortes impactos, de modo que a teoria convencional anteriormente mencionada não mais era eficaz para satisfazer os anseios da sociedade moderna e legitimar a efetividade da justiça.

Nas palavras do autor:

O processo de reconhecimento e afirmação de Direitos do homem chamados de fundamentais constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de Direitos novos referentes ao homem, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusnaturalismo, deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio à estreita conexão com as transformações da sociedade. Assim, para o pensador italiano o desenvolvimento e a mudança social estão diretamente vinculados com o nascimento, a ampliação e a universalização dos novos Direitos. (WOLKMER, 2003, p. 04)

Com novas conceituações e com o reconhecimento de novos

direitos ao longo dos anos, passou-se a dividir tais prerrogativas em era, gerações ou dimensões de direitos, cuja classificação é de extrema valia atualmente.

Ao tratar das dimensões de Direitos, a doutrina moderna apresenta a classificação dos Direitos Fundamentais em primeira, segunda e terceira geração, de modo a basear-se na ordem histórico-cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos.

Para Cademartori, os Direitos de primeira geração emergem enquanto liberdades clássicas já declaradas; de segunda geração os Direitos sociais e de terceira geração aqueles cujos titulares não são os homens, mas sim grupos humanos ou a humanidade, a exemplo da paz, do meio ambiente. (CADEMARTORI, 2007).

Por outro norte, Sarlet define a melhor conceituação das eras de Direitos, buscando no conceito de dimensão, e não geração, ante a existência e aplicabilidade dinâmica desses Direitos, situando todos na mesma órbita e coexistindo entre si. (SARLET, 2006)

Bonavides refere:

Força é dirimir a esta altura um evento equívoco de linguagem: o vocábulo dimensão substitui com vantagem lógica e qualitativa, o termo geração caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto suposta caducidade dos Direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade. (BONAVIDES, 2009, p. 09)

Assim compatibilizando com Bonavides, Sarlet e Wolkmer, entende-se como necessária a substituição dos termos gerações, eras ou fases por dimensões de Direitos, pois são parte de um processo de complementaridade e não de substituição. (WOLKMER, 2003)

Em suma, os Direitos Fundamentais de primeira dimensão são Direitos e garantias individuais (civis) e políticos (liberdades públicas), incluindo o Direito à vida, liberdade, igualdade, propriedade, segurança e resistência às diversas formas de opressão, ou seja, aqueles em que o cidadão opõe (negativamente) contra o Estado, visando garantir sua liberdade. Esses Direitos são decorrentes da própria evolução do Direito natural (jusnaturalismo) e, por conseguinte, sofreram maciças e evidentes influências dos ideais iluministas das revoluções americana (1776) e francesa (1789), formando parte do constitucionalismo político clássico que vem a sintetizar as teses do Estado Democrático de Direito, como a tripartição de poderes, o princípio da soberania popular e a doutrina da universalidade dos Direitos e garantias fundamentais.

De segunda dimensão, têm-se os Direitos sociais econômicos e culturais, isto é, os ideais fixados como estandartes possuíam como finalidade primordial se opor à substancial exploração que sofriam as camadas sociais mais debilitadas, incluindo a seguridade social, proteção ao desemprego, proteção à liberdade intelectual entre outros. Não são Direitos exercidos contra o poder do Estado, mas sim Direitos de:

Crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais Direitos – têm como sujeito passivo o Estado, porque a coletividade assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse Direito, no entanto, continua sendo, como nos Direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade. (LAFER, 1998, p. 127)

Aqui se verificou a necessidade de emergirem novos paradigmas para a tutela das classes sociais mais afetadas durante a fase de industrialização mundial. Ante a insurgência do capitalismo e dos vários processos de industrialização, nasce um Estado Liberal, pautado na dinâmica financeira e monopolista, contribuindo de tal forma também para o desenvolvimento de movimentos socialistas, anarquistas e reformistas. Surge então o Welfare State, um Estado de bem estar social aclamado por muitos, e necessário para todos, criando-se a OIT, e o movimento sindical internacional.

Ressalta-se que restaram positivados mandamentos normativos no sentido de regulamentar as situações de avanço social nas constituições espanhola de 1931, mexicana de 1917 e a conhecida constituição de Weimar de 1919, além da Encíclica Rerum Novarum de Leão XIII de 1891 enquanto doutrina apregoada pela Igreja Católica.

Os direitos de terceira dimensão, nas palavras de Wolkmer, traduzem-se em Direitos metaindividuais, coletivos e difusos, “Direitos de solidariedade”, eis que o titular desses Direitos não é mais o ser humano enquanto indivíduo único, mas a coletividade abstrata, protegendo categorias e grupos sociais. (WOLKMER, 2003)

Adota-se aqui a corrente doutrinária que interpreta tais Direitos como de cunho de fraternidade e solidariedade, ante a sua preocupação com os problemas existentes no seio da humanidade, incluindo-se os Direitos à paz, autodeterminação dos povos, qualidade de vida, Direito de comunicação, entre outros, da qual compactuam, entre outros, Lafer, Bonavides e Sarlet. (LAFER, 1988; BONAVIDES, 2010; SARLET, 2007)

Nessa dimensão surge a concepção que identifica a existência de valores relativos a uma categoria de pessoas, consideradas como uma unidade e não mais a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, como ocorre com os direitos de primeira dimensão.

No mesmo diapasão menciona Ferreira Filho,

A primeira geração seriam Direitos de liberdade, a segunda, os de igualdade e a terceira assim, complementar o lema da Revolução Francesa liberdade, igualdade e fraternidade. (FERREIRA FILHO, 1988, p. 16)

Surge nessa dimensão de Direitos, também o entendimento doutrinário trazido por Oliveira Júnior, que traça interpretação específica acerca dos denominados Direitos Transindividuais, com enfoque ao meio ambiente e ao Direito do consumidor, referenciais de total amplitude em nosso século, senão dizer preocupação de toda a humanidade. (OLIVEIRA JR, 2000).

Cita-se somente para ilustrar referido posicionamento e sua importância para a ciência jurídica;

Os Direitos metaindividuais, sob o ponto de vista subjetivo (ou seja, quanto à sua titularidade) se caracterizam pela indeterminação dos titulares dos interesses, indeterminação (um grupo mais ou menos indeterminado de indivíduos). Do ponto de vista objetivo, tais Direitos se caracterizam pela sua indivisibilidade, ou seja, a satisfação ou lesão do interesse não se pode dar de modo fracionado para um ou para alguns dos interessados e não para outros [...]. (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 1997, p. 54)

Essas garantias destacam-se com maior impulso após o período bélico que a sociedade contemporânea passou (1945-1950), ocasionando enorme violação dos direitos humanos através dos comandos emanados dos EUA para lançar as bombas atômicas no Japão.

Ainda, vale mencionar estudos mais recentes de Wolkmer capazes de conceituar Direitos de quarta dimensão, compreendendo-se como aqueles inerentes à bioética, biotecnologia e regulamentação da engenharia genética, os quais possuem vinculação com a vida humana (aborto, eutanásia, transplante de órgãos, clonagem e outros).

Segundo o autor, esses Direitos no final do século XX

apresentam-se como desafio para a ciência jurídica clássica, que não mais possui habilidades específicas em sua dogmática para tratar de tais assuntos com propriedade. (WOLKMER, 2003)

No mesmo passo, Sauwen pondera:

Os conflitos advindos da sofisticação das técnicas de procriação assistida, do tráfico de embriões e de órgãos, da produção de armas bioquímicas, da prática de controle da natalidade, da clonagem e de outros “possíveis” à engenharia genética só poderão ser adequadamente resolvidos por meio de acordos internacionais. (SAUWEN e HRYNIEWICZ, 1997, p. 57)

É consabido que o estudo inerente à necessidade de positivar normas sobre bioética ganha relevo com as técnicas desenvolvidas pela ciência médica a contar com as experiências realizadas durante o período nazista, projetadas e arquitetadas por Mengele, digam-se atrocidades inimagináveis que geram por derradeiro a primeira declaração de regras bioéticas de 1947 juntamente com o Código de Nuremberg na Alemanha.

Também é sabido que as pesquisas realizadas com embriões e referentes à procriação assistida (mães de aluguel) desde os anos 70 juntamente com as experiências de clonagem animal (cópia genética idêntica) foram fortes fatores a impulsionar o mundo jurídico para mais esta seara de Direitos, os quais necessitam de regulamentação e de fundamento crítico para sua concepção.

Ainda, necessário se faz discorrer sobre uma visão inovadora, porém necessária, apresentada por Wolkmer, ao trabalhar com a existência de Direitos de quinta dimensão, arrolando aqueles advindos da ciência da informação, internet, *cyber* espaço, realidade virtual, entre outros. (WOLKMER, 2003)

Por estar todo o mundo globalizado e interligado por sistemas de informática, um número quase que inimaginável de ações e omissões são praticadas virtualmente, sendo que todas essas possuem envolvimento jurídico direto, seja numa relação de comércio, de bens, de cultura, de informações ou de realidades fictícias.

Sendo fenômeno de grande expressão na modernidade e por estar em constante reformulação, se vê, então, a necessidade de regulamentação desses Direitos, bem como da utilização do espaço virtual que ainda caminha a passos pequenos.

De maneira geral, os Direitos fundamentais, seja de qual espécie

forem, vale dizer aqui, devem ser diferenciados das chamadas garantias existentes no seio de um Estado Constitucional Democrático de Direito.

Importante frisar que além de necessário é sim possível realizar uma separação técnica dos vocábulos Direitos fundamentais e garantias, em especial aqueles existentes na Constituição Federal de 1988.

Segundo Silva, num primeiro plano, as garantias são aquelas que asseguram a existência e a eficácia dos Direitos fundamentais, eis que promovem a segurança e a organização da política, a criação de mecanismos para estruturar as garantias fundamentais, e, por derradeiro, a formação do Estado Democrático de Direito. (SILVA, 2009)

Num segundo plano o mesmo autor compreende as garantias constitucionais no sentido de que:

Consistem nas instituições, determinações e procedimentos mediante os quais a própria constituição tutela a observância ou, em caso de inobservância, a reintegração dos Direitos fundamentais. (SILVA, 2009, p. 171)

Entende ainda pela subdivisão das garantias em gerais e especiais. Quanto às gerais, são imprescindivelmente as instituições constitucionais que formam o controle dos poderes institucionais funcionando como freios e contrapesos, ou seja, impedindo o abuso de poder. As especiais são os mandamentos protegidos constitucionalmente que servem para promover a garantia, eficácia e aplicabilidade dos Direitos fundamentais, a exemplo do *Habeas Corpus*.

Ao ver de Ferrajoli, os chamados Direitos de liberdade para os quais correspondem proibições aos Estados não possuem conteúdo próprio, somente existindo determinação aos limites de exercício de tais Direitos. (FERRAJOLI, 2002)

Como exemplo, Cademartori cita a proibição de caluniar ou difamar no exercício da liberdade de expressão e a necessidade de serem fundamentadas as decisões judiciais (CADEMARTORI, 2007)

Destaca-se neste ponto que mesmo na concepção de Direitos fundamentais, existe grau de superioridade entre uns e outros, ocasionando de certa forma aos superiores um modelo de ilimitação em sua aplicabilidade, a exemplo do Direito à vida, liberdade de consciência, isto é, os chamados Direitos fundamentais absolutos.

Segundo Bobbio:

Entre os Direitos humanos, como já se observou varias vezes, há Direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens

indistintamente: São os direitos acerca dos quais há exigência de não serem limitados nem diante casos excepcionais, nem com relação a esta ou aquela categoria mesmo restrita de membros do gênero humano (é o caso por exemplo do Direito de não ser escravizado e de não sofrer tortura. Esses Direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros Direitos ainda que também fundamentais porém até entre os chamados Direitos fundamentais os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinadas categorias de pessoas são bem poucos: Em outras palavras são bem poucos os Direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência também considerados fundamentais e que portanto, não imponham em certas situação em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção. (BOBBIO, 1995, p. 20)

Exprime-se assim, que garantismo nada mais pode ser do que um instrumento de defesa das liberdades e Direitos, os quais, em sua essência, almejam assegurar, mesmo que de modo implícito, certo e determinado número de liberdades conquistadas pelo indivíduo, seja em face do Estado ou não, haja vista estarem previamente definidos pela ciência jurídica.

Ocorre que o garantismo não emerge somente de organizações jurídicas, mas também da atitude de vários operadores do Direito, quando no exercício de suas atividades movidas pela dinâmica de aperfeiçoamento e modificação da ciência jurídica. Pode somente dizer-se ser garantista quando de fato este operador jurídico fizer valer a defesa das liberdades asseguradas pelo sistema jurídico na sua atuação cotidiana.

Destaca-se nas palavras de Cademartori que o garantismo deve coexistir com dois princípios básicos, quais sejam o da legalidade e o da jurisdiicionalidade, esse, em especial desmistifica-se sendo a real possibilidade de levar a juízo a pretensão de algum Direito.

CAPÍTULO II – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E O CHAMADO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO À LUZ DA PROPORCIONALIDADE

2.1 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Ante uma introdução constitucional vasta de valores e preposições constitucionais, a Administração Pública, ao que se denota, não conseguiu incorporar integralmente todos os princípios constitucionais na realização de suas ações públicas e políticas.

Não se pode olvidar aqui acerca da Hermenêutica Jurídica, ciência voltada para o meio de interpretação de um objeto.

No caso do Direito, trata-se de técnica específica que visa compreender a aplicabilidade ou não de um texto legal. Em palavras mais simples: quando uma lei entra em vigor, assim como toda e qualquer literatura, se requer uma compreensão de seu conteúdo.

A interpretação dos princípios oferece ao mundo uma certeza no que diz respeito à aplicação da lei, e, concomitantemente, dá ao legislador ou aos operadores do direito uma antevisão de como será ou não aplicado o texto legal.

A fim de entender a função e a aplicabilidade dos princípios constitucionais vinculados à Administração Pública em uma hermenêutica principiológica, segundo argumentos de Bastos, estes figuram não apenas como critérios de interpretação, mas como um meio de ajuste da realidade concreta à norma, para permitir, sem alterar seu mínimo imutável, seu preenchimento em conformidade com os valores que o próprio princípio encampa e que confere unidade ao sistema.

Outrossim, o princípio pode ser visto além de método de interpretação, como um objeto da interpretação, ou até como indicador interpretativo em que a sua definição é realizada a partir dele mesmo. (BASTOS, 2000)

Alexy, pontualmente descreve:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, são mandados de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito do juridicamente possível é determinado pelos

princípios e regras opostas. (ALEXY, 1997, p. 86)

Afirma Bastos, que “é nos princípios que se encontrarão as diretrizes valorativas válidas aplicáveis à interpretação constitucional”. (BASTOS, 2000)

Ademais, na moderna concepção da interpretação constitucional surge uma nova linha doutrinária que segundo Clève, é conhecida como dogmática constitucional emancipatória, e aduz que:

Tendo esta vertente, o objetivo de estudar o texto constitucional à luz da idéia de dignidade da pessoa humana. Consiste em formação discursiva que procura demonstrar a radicalidade do Constituinte de 1988, tendo em vista que o tecido constitucional passou a ser costurado a partir de uma hermenêutica prospectiva que não procura apenas conhecer o direito como ele é operado, mas que, conhecendo suas entranhas e processos concretizadores, ao mesmo tempo fomenta uma mudança teórica capaz de contribuir para a mudança da triste condição que acomete a formação social brasileira. (CLÈVE, 2003, p. 18)

A interpretação e aplicação desse emaranhado principiológico, é essencial, principalmente frente à colisão entre valores da atual Constituição.

A hermenêutica constitucional, pois, é o saber que se propõe a estudar os princípios, fatos e institutos consolidados no seio da Constituição e após, disponibilizá-los para a sociedade.

O poderio constituinte retrata-se como um emissor de uma mensagem, ou conjunto de mensagens (Constituição) normativas, que organizam o Estado e definem os direitos fundamentais; enquanto doutro pólo da relação comunicativa, podemos colocar a sociedade/comunidade jurídica, receptora desse conjunto de mensagens normativas.

A compreensão da interpretação constitucional exige acima de tudo enorme domínio teórico para a formulação e sistematização de princípios e regras inerentes à ciência jurídica.

Por hermenêutica compreende-se o labor de uma atividade prática que busca em sua gênese encontrar o significado, alcance e validade da norma em questão que por derradeiro deverá impreterivelmente ser aplicada a um caso concreto.

Caso assim não o fosse, não haveria a necessidade de ser

realizado este mecanismo, haja vista que o direito existe para a aplicação na sociedade e ao indivíduo quando em contato com outros objetos jurídicos, sejam bens ou seres vivos, pois como já citado no início deste trabalho, segundo Paolo Grossi, o direito e suas dimensões jurídicas somente existem quando houver tal contato. Caso contrário, ineficaz torna-se sua existência, segundo ele “um só homem vivente sobre um planeta remoto não tem necessidade, enquanto permaneça em solidão, nem de um e nem de outro” (GROSSI, 2010)

Outrossim, de acordo com Barroso a interpretação constitucional depende da especificação do conceito de construção, eis que a constituição, por sua natureza abstrativa, necessita regular situações que por vezes não se encontram descritas no texto legal. (BARROSO, 2010)

Mencionado autor destaca ainda a interpretação enquanto “arte” de encontrar o verdadeiro sentido de qualquer expressão, a construção e a extração de conclusões a respeito de matérias que estão fora e além das expressões contidas no texto.

Por força do princípio da unidade da ordem jurídica, abstrai-se um caráter uno de interpretação constitucional, especialmente das leis infraconstitucionais em relação à própria constituição.

Ressalta-se, outrossim, que toda a norma ou regra deve ser interpretada, a fim de serem revelados no caso concreto os significados trazidos pelo texto constitucional, seja em âmbito formal ou material.

Hesse, por sua vez, não compartilha dessa ideia, pois nega o caráter de interpretação à atividade de revelar o conteúdo da norma constitucional quando não se suscitarem dúvidas. (HESSE, 1991)

Muito se fala em métodos de interpretação constitucional, para o único fim de aplicação das normas e princípios elencadas na constituição implicitamente ou expressamente já consagrados. Quanto a esses métodos, por primeiro traz-se a formal e a clássica compreensão elaborada pelo jurista alemão Savigny, o qual prescreve o chamado *método gramatical*, consistente na busca do sentido literal, ou melhor, textual da norma constitucional. Citado método possui atualmente na hermenêutica jurídica certa falibilidade em sua aplicação, pois interpretação de uma norma literalmente pode resultar em soluções injustas - *dura lex, sed lex*. Em segundo plano, tem-se o *método sistemático*, entendido como uma forma de interpretação que almeja correlacionar todos os dispositivos normativos de uma Constituição ou do ordenamento.

Acerca do tema, a ótica kelseniana traduz uma visão do sistema jurídico que seria naturalmente uma pirâmide normativa, na qual tem-se no topo a Constituição e abaixo a legislação e demais espécies

normativas. (KELSEN, 2007)

Enfim, todos esses componentes da pirâmide têm de ser interpretados juntamente com a Constituição, todas as normas jurídicas devem ser lidas e relidas à luz da Constituição para que então ocorra qualquer filtragem constitucional.

Em terceiro, advém o *método histórico*, buscando os antecedentes remotos e imediatos que interferiram no processo de interpretação constitucional. Emerge desse método interpretativo a ideia de que, para compreender-se o sentido atual é imprescindível entender o “passado”.

Como quarto método, desenvolvido surge o *método sociológico*. Concebe-se então a adequação da Constituição ao contexto fático da sociedade, buscando a efetividade e a eficácia social para que não se abra um abismo entre a norma e o conjunto dos fatos sociais.

Com propriedade, assevera Barroso:

O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico – onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais. (BARROSO, 2010, p. 32)

Referidos conceitos hoje passam a ser revistos, pois as mudanças na sociedade necessitam ser mais bem observadas.

Apresenta-se, então, o *método teleológico*, conduzindo a análise interpretativa à finalidade das normas constitucionais, por muitas vezes superando a realidade descrita na própria lei. Desenvolve-se, sobretudo, com vistas aos princípios constitucionais.

Com o advento do neoconstitucionalismo, permitiu-se a todo e qualquer intérprete observar a Constituição como um conjunto de normas que liga fatos e valores do meio social.

Nesse ínterim destaca-se a decadência do positivismo, que vem

emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha.

Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Como acima referido, o pós-positivismo foi a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana, a valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais.

Gradativamente, diversas formulações antes dispersas ganharam unidade e consistência, ao mesmo tempo em que se desenvolveu um esforço teórico que procurou transformar o avanço filosófico em instrumental técnico-jurídico aplicável aos problemas concretos.

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética – ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação – passou a ter, ou, ao menos, deveria ter passado a ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Tudo isso, pois, significa a transposição da fronteira da reflexão filosófica, o ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, na produção de efeitos positivos sobre a realidade. Essas inovações tiveram a ambição de servir de guia elementar para a construção da normatividade e da efetividade do pós-positivismo.

O intérprete da Constituição neste aspecto torna-se um ser valorizado no âmbito do neoconstitucionalismo, fator esse que se reflete na atividade chamada ativismo judicial. Parte da doutrina compreende que esse novo método de ação é um modo de exteriorização por via hermenêutica da valorização dos princípios estabilizados na

constituição.

Por outro norte, sabe-se que existe corrente contrária fundada no o argumento de que por não ser o poder judiciário formado através do exercício direto da democracia, através do voto, não é ele passível de ser considerado competente ou emanar atos válidos que venham a suspender ou interromper o valor de uma lei.

Nesse viés, surge a chamada mutação constitucional que nada mais é do que a reforma informal da Constituição em relação com os fatos sociais de cada época, ressalta-se, sem modificar o seu texto.

Conforme já explanado com extensão nesse trabalho, a valorização dos princípios constitucionais é ponto de relevância para o neoconstitucionalismo, ou seja, a teoria da norma constitucional começa a ser vislumbrada em dois aspectos: normas e regras constitucionais (normas que descrevem situações determinadas, impondo as situações e penas, não reclamam um processo hermenêutico mais completo) as quais devem ser adequadas com os princípios constitucionais, inteiramente dotados de abstração e valores de um sistema jurídico. Na na aplicação dos princípios, se utiliza a técnica de ponderação de bens e interesses.

Para Barcellos:

É possível identificar uma relação entre a segurança, a estabilidade e a previsibilidade e as regras jurídicas. Isso porque, na medida em que veiculam efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. A justiça, por sua vez, depende em geral de normas mais flexíveis, à maneira dos princípios, que permitam uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto e que sejam capazes de conferir ao intérprete liberdade de adaptar o sentido geral do efeito pretendido, muitas vezes impreciso e indeterminado, às peculiaridades da hipótese examinada. Nesse contexto, portanto, os princípios são espécies normativas que se ligam de modo mais direto à idéia de justiça. Assim, como esquema geral, é possível dizer que a estrutura das regras facilita a realização do valor segurança, ao passo que os princípios oferecem melhores condições para que a justiça possa ser alcançada. (BARCELLOS, 2010, p. 10-11)

Em casos como o da Constituição Brasileira de 1988, verifica-se a incidência de princípios de diferentes condições axiológicas. Em se tratando de conflito entre princípios constitucionais, impossível a utilização do critério hierárquico (todos estão na Constituição), nem o critério da generalidade (todos são gerais), nem o critério da cronologia (todos foram produzidos no momento da publicação da Constituição).

É preciso examinar qual ou quais os princípios que têm maior ou menor dimensão de peso e estabelecer, à luz do caso concreto, qual deve prevalecer em detrimento de outros.

Assim, de acordo com a teoria da argumentação jurídica, ao intérprete/operador do direito cabe argumentar judicialmente, doutrinariamente, costumeiramente, porque escolheu determinada interpretação em detrimento da outra. Isso se trata, em termos, do dever de fundamentação das decisões judiciais, previsto no art. 93, IX, CF/88.

Ademais, a literatura constitucional estabelece alguns princípios de relevância para a ideal interpretação constitucional, podendo-se mencionar o princípio da supremacia constitucional, o qual considera a Constituição como o conjunto de normas fundamentais; ou o da presunção de constitucionalidade, o qual legitima os atos do poder público, tendo o intérprete que partir da premissa de que os atos do poder público são compatíveis com a Constituição Federal (CF).

Decorre do princípio da supremacia constitucional, o princípio de interpretação conforme a Constituição, através do qual o intérprete deverá sempre que possível priorizar o significado que melhor se compatibilize com a norma constitucional, é claro atendendo a limites, não podendo prevalecer atos normativos que são patentemente inconstitucionais.

Neste sentido, a interpretação conforme a Constituição conferida pelo Supremo Tribunal Federal converge no sentido de que “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”.⁷

Nas palavras de Mendes:

Oportunidade para interpretação conforme à Constituição existe sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. (MENDES, 1996, p. 222)

⁷ BRASIL. STF, Pleno, ADIn 1.344-1/ES, Medida Liminar, rel. Min. Moreira Alves.

Destaca-se também o princípio da unidade da Constituição, que busca integrar o sentido de todas as normas constitucionais. Como lembra Canotilho:

O princípio da unidade da Constituição ganha relevo autônomo como princípio interpretativo quando com ele se quer significar que o Direito Constitucional deve ser interpretado de forma a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas e, sobretudo, entre os princípios jurídico-políticos constitucionalmente estruturantes. Como ‘ponto de orientação’, ‘guia de discussão’ e ‘factor hermenêutico de decisão’, o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar. Daí que o intérprete deva sempre considerar as normas constitucionais, não como normas isoladas e dispersas, mas sim como preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios. (CANOTILHO, 1991, p. 162)

Sobre o tema, elucida Barroso:

O princípio da unidade da Constituição tem amplo curso na doutrina e na jurisprudência alemãs. Em julgado que Klaus Stern refere como primeira grande decisão do Tribunal Constitucional Federal, lavrou aquela Corte que ‘uma disposição constitucional não pode ser considerada de forma isolada nem pode ser interpretada exclusivamente a partir de si mesma. Ela está em uma conexão de sentido com os demais preceitos da Constituição, a qual representa uma unidade interna. Invocando tal acórdão, Konrad Hesse assinalou que a relação e interdependência existentes entre os distintos elementos da Constituição exigem que se tenha sempre em conta o conjunto em que se situa a norma. [...] Em decisão posterior, o Tribunal Constitucional Federal alemão voltou a remarcar o princípio, conferindo-lhe, inclusive, distinção especial e primazia: ‘o princípio mais importante de interpretação é o da unidade da Constituição

enquanto unidade de um conjunto com sentido teleológico-lógico, já que a essência da Constituição consiste em ser uma ordem unitária da vida política e social da comunidade estatal. (BARROSO, 1999, p. 147)

Ademais, apresenta-se o princípio da efetividade máxima, o qual prioriza a produção dos efeitos da Constituição diante da realidade social.

Por fim, o princípio da razoabilidade, que busca estabelecer maior grau de justiça para a solução do conflito entre princípios, auxiliando o intérprete na ponderação de bens e interesses.

Segundo o posicionamento de Barroso, há de se compreender que a Constituição possui determinadas peculiaridades dentro do sistema jurídico vigente, as quais seriam notadamente providas de superioridade jurídica, ou suprallegalidade que se revela em supremacia da constituição eis que o caráter de subordinação do sistema jurídico encontra-se focado para a constituição:

A Constituição é dotada de superlegalidade, de superioridade jurídica em relação às demais normas do ordenamento. Tal característica faz dela o parâmetro de validade, o paradigma pelo qual se afere a compatibilidade de uma norma com o sistema como um todo. (BARROSO, 1999, p. 182)

Outrossim, lembra o doutrinador que a linguagem constitucional compreendida em um plano maior de abertura e grau de abstração, a exemplo dos conceitos de justiça social, moralidade, igualdade, dignidade humana, concedem ao intérprete maior grau de discricionariedade para a realização do método interpretativo.

A natureza da linguagem constitucional, própria à veiculação de normas principiológicas ou esquemáticas, faz com que estas apresentem maior abertura, maior grau de abstração e, conseqüentemente, menor densidade jurídica. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados conferem à Constituição uma adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de discricionariedade. (BARROSO, 1996, p. 101)

As normas constitucionais são, assim, entendidas enquanto

normas políticas quanto a sua origem, objeto e também quanto aos resultados advindos de sua integral aplicação.

A Constituição é o documento que faz a travessia entre o poder constituinte originário – fato político – e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação constitucional não possa e não deva romper as suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial. (BARROSO e BARCELLOS, 2001, p. 15-16)

De acordo com Barroso,

De toda sorte, o poder constituinte é revolucionário nas suas raízes históricas e político na sua essencial. Ele representa um momento pré-jurídico e, quando exercido em contexto democrático, expressa um momento de especial aglutinação e civismo do povo de um estado. No caso da Constituição brasileira de 1988, o poder constituinte somente veio a ser exercido, fundadora soberania popular, após longo e penoso período de transição, que sucedeu a fase mais aguda da ditadura militar. Apesar do modelo transnacional que ensejou sua convocação, não deve desmerecer o fato de que a Assembléia Constituinte foi o ponto culminante de um tormentoso processo de resistência democrática, que desagou em um caudaloso movimento de participação popular na década de 80. (BARROSO, 2008, p. 114-115)

Em tempos de pós-positivismo, deve-se desentranhar a ideia de monopolização da interpretação constitucional entre a classe de operadores jurídicos, pois a constituição somente se concretiza quando todos os cidadãos se envolvem num processo de interpretação e aplicação da mesma.

Entende-se aqui que o verdadeiro titular do poder constituinte é a sociedade, por isso ela deve se envolver no processo hermenêutico de materialização da Constituição.

2.2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Há tempos que a concepção clássica de divisão de poderes, (Judiciário, Legislativo e Executivo), e a inserção do direito administrativo somente deste último, não comporta mais uma interpretação rígida.

Como se sabe, as funções legislativas, administrativas (ou executivas) e judiciais estão distribuídas entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”, os quais de regra, são explicitamente mencionados nas constituições modernas do ocidente. Tais unidades orgânicas absorveriam, senão com absoluta exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes aos seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e judiciário. Essa trilogia não reflete uma verdade, uma essência algo inexorável proveniente da natureza das coisas. É pura e simplesmente uma construção política invulgarmente notável e muito bem sucedida, pois recebeu amplíssima consagração jurídica. Foi composta em vista de um claro propósito ideológico do barão de Montesquieu, pensador ilustre que deu forma explícita à idéia da tripartição. A saber: impedir a concentração de poderes para preservar a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes. (MELLO, 2006, p. 30-31)

O que prevalece, em verdade, é um conjunto de atividades típicas em cada um desses órgãos, não se pensando mais em administração somente como atividade de mera execução da lei, mas também em atividade legislativa e executiva, em mesmo patamar hierárquico.

Neste sentido é a ensinança de Carvalho Filho:

A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. Embora seja o Poder Executivo o

administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores. Deste modo, todos os órgãos e agentes que, em qualquer desses Poderes, estejam exercendo função administrativa, serão integrantes da Administração Pública. (CARVALHO FILHO, 2009, p. 11)

Por esse motivo, deve-se salientar que o Direito Administrativo, em especial seus princípios constitucionais, aplicam-se à Administração Pública em geral, por quaisquer dos Poderes constitutivos do Estado.

De maneira especial, devem ser ressaltados os princípios constitucionais trazidos no bojo do art. 37 da Constituição Federal⁸, consistentes na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A análise da Administração Pública, assim, carece sempre de uma análise principiológica, conforme ressalta Mello:

Acredita-se que o progresso do direito administrativo e a própria análise global de suas futuras tendências dependem da identificação das idéias centrais que o norteiam na atualidade, assim como na metódica dedução de todos os princípios subordinados e sub-princípios que descansam originariamente nas noções categoriais que presidem sua organicidade. (MELLO, 2006, p. 44)

Não se deve olvidar, todavia, de que, sob enfoque atualmente concebido, emerge da concepção da Administração Pública não apenas um dever burocratizado e tecnicista, mas também um dever valorativo, de legitimação dos anseios populares, positivados na Lei maior.

Por isso, a Administração Pública, por seus agentes, tem o dever explícito de conferir eficácia aos direitos e garantias fundamentais dos seus cidadãos, expressos nos princípios constitucionais, que são defendidos com a implementação do Estado Constitucional de Direito.

8

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

2.3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E GOVERNO

Compondo-se o Estado de três poderes distintos – Executivo, Legislativo e Judiciário –, segmentos que compõem o poder geral e abstrato da soberania, mesmo ante a certeza de que Administração Pública agrega todos esses, por ser comum a associação desta ao Poder Executivo (o que não procede, pelos motivos já expostos), e desse, ao termo *Governo*, urge a necessidade de diferenciar estes dois últimos conceitos. A Administração Pública está atrelada à realização das tarefas cotidianas e simples no desempenho de quaisquer de suas funções, enquanto que o Governo responsabiliza-se pela tomada de decisões políticas e fixa diretrizes da vida associada.

Por isso, o Estado, criação do indivíduo, há de se relacionar com esse através da máxima observância e respeito às suas garantias e direitos. Naturalmente, esses direitos e garantias individuais são bem definidos num estatuto maior (Constituição), que exprime os poderes e os deveres do Estado, bem como a proteção dos indivíduos.

Normalmente, quando se fala em Administração Pública, a primeira ideia que surge é a do complexo de atividades exercidas pelos agentes governamentais em obediência ao comando do Governo ou as suas diretrizes, isto é, o conjunto de órgãos e entidades que exercem funções administrativas.

Não se pode confundir governo e administração. O Governo é formado pelo conjunto de Poderes estabelecidos na Constituição (Executivo, Legislativo e Judiciário) e seus respectivos órgãos tendo por finalidade dar andamento às diretrizes traçadas pela política que norteia os negócios públicos, em manifestação à sua soberania, enquanto a Administração cuida de organizar as funções necessárias aos serviços públicos e pôr em prática os objetivos do Governo. A Administração é o conjunto de órgãos instituídos aos quais se conferem funções de controle, comando e execução, de caráter administrativo. (MEIRELLES, 2004)

Segundo Meirelles:

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa

visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A administração não pratica atos do governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes. São os chamados atos administrativos, que por sua variedade e importância, merecem estudo em capítulo especial. (MEIRELLES, 2004, p. 22)

Complementa ainda o autor, dizendo que governo é atividade política e discricionária, enquanto que a administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica; ou ainda, que governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. Efetivamente, a Administração Pública é o instrumental de que dispõe o Estado (pessoa jurídica de direito público interno - conforme nosso Código Civil; ou então território juridicamente organizado, constituído por leis próprias, comandado por pessoas soberanamente, cujo poder é emanado do próprio povo) para pôr em prática as alternativas políticas e sociais preconizadas pelo Governo.

Nesse mesmo diapasão assevera Medauar:

Algumas afirmações vêm sendo reiteradas para distinguir Administração e Governo. Este tem a ver com a tomada de decisões fundamentais à vida da coletividade, com vistas até ao seu futuro; Administração significa realizar tarefas cotidianas e simples. Também se diz que governo é dotado de função primordialmente política e fixa as diretrizes da vida associada, cabendo à Administração a tarefa de simples cumprimento de tais diretrizes; nessa linha, a Administração apareceria como dependente do governo ou submetida às diretrizes do governo. (MEDAUAR, 2007, p. 45)

E mais:

A Constituição Pátria fornece, então, bases ao direito administrativo e, portanto, à atuação da Administração, traçando as diretrizes de um modelo de Administração. Assim, arrola no caput do art. 37 alguns dos seus princípios. (MEDAUAR, 2007, p. 56)

Cademartori diferencia a Administração Pública de Governo, como:

[...] conjunto de atividades inseridas no âmbito do poder executivo que exerce as questões burocráticas e organizacionais, no espaço interno estatal o que significa que os outros poderes do Estado também apresentam atividade administrativa [...] no espaço ocupado pela sociedade civil, a Administração Pública caracterizar-se-á pela produção de bens e serviços oferecidos a população além das formas de intervenção direta e indireta na ordem econômica e por outro lado, no exercício do poder de polícia. (CADEMARTORI, 2007, p. 12)

Já o governo para o Autor é:

Um fenômeno variável e complexo ao longo da história das instituições políticas [...] aspecto político da atividade exercida no âmbito do poder executivo ou seja, o aspecto estatal que engloba as decisões de caráter independente para a vida da coletividade e visando ao seu futuro. (CADEMARTORI, 2007, p. 12-13)

Deste modo, mesmo que se interprete de modo incerto acerca da divisão destes institutos, o certo é que ambos, pela natureza de suas ações, estão absolutamente a mercê da Constituição Federal, e, por conseguinte, submetidos aos Princípios Administrativos por ela instituídos.

2.4 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E SUA NORMATIVIDADE PERANTE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com o declínio do positivismo jurídico puro, não foram poucas as discussões acerca do tema Direito, Estado e Constituição, pois o positivismo não se mostrava mais suficiente à sustentação do Direito.

Diante desta evidente necessidade de evolução paradigmática, foram introduzidos no ordenamento, com o passar dos tempos, novos ideais de *justiça e legitimidade*. Surge, neste contexto, uma nova hermenêutica constitucional, que parte da fixação de valores, princípios e regras assentadas na teoria dos direitos fundamentais, que se edifica sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, bem como de outros preceitos fundamentais consagrados pelas constituições na forma de direitos fundamentais.

Destaca-se que a nova ordem constitucional inovou, ao elencar no *caput* do artigo 37, alguns dos princípios administrativos que devem obediência à Administração Pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cumprindo ainda acrescentar que os princípios constitucionais que regem a Administração Pública não estão exauridos no referido dispositivo constitucional, tendo em vista que se fazem presentes outros de modo implícito no texto constitucional.

Referidos princípios, embora não enunciados em texto normativo explícito, estão contemplados nesse determinado ordenamento, em estado de latência, consubstanciando proposições normativas.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, diferentemente das anteriores, vem ancorada em dois pólos, quais sejam, a garantia dos direitos do homem e a limitação do exercício do poder.

Assim, para o atendimento desta ordem, também se introduziram determinados valores, princípios da Administração Pública que visam enaltecer o interesse público, intimamente ligados à dignidade humana e edificados unicamente para o atendimento dos fins imprescindíveis ao alcance deste fundamento constitucional, tais como igualdade, liberdade, educação, saúde, segurança, propriedade.

Os princípios, por sua vez, compõem o aglomerado de preposições que fundamentam um sistema e lhe garantem validade. Mello leciona,

[...] são o núcleo de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito

e servindo de critério para sua exata compreensão.
(MELLO, 2003, p. 07)

Bonavides, ao discorrer sobre a normatividade dos princípios, os definiu:

Como toda norma jurídica determinante de outras que lhe são subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares.
(BONAVIDES, 1998, p. 245)

Bobbio, em conhecida e prestigiada obra, também expressou seu pensamento quanto à normatividade dos princípios jurídicos afirmando que:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha a questão entre juristas se os princípios são ou não normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. (BOBBIO, 1999, p. 239)

Depreende-se, então, que os princípios constituem os mandamentos normativos estruturais do sistema jurídico. Assim, orientam e direcionam a elaboração das regras jurídicas, podendo, também, regular um caso concreto.

Assevera Bonavides:

A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional. (BONAVIDES, 1998, p. 260)

Segundo Mello:

A importância basilar dos princípios é tamanha que a sua violação, a depender do escalão do princípio violado, poderá constituir a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade
(MELLO, 2006, p 112)

A valorização desses princípios, sua incorporação, explícita ou implicitamente, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade, fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito, Estado e Ética. Os princípios são, assim, bases de toda e qualquer legislação. A respeito, Ávila lembra que:

O grau de abstração é maior relativamente à norma de comportamento, já que eles não se vinculam abstratamente a uma situação específica (por exemplo, princípio democrático, Estado de Direito); no caso das regras, as consequências são de pronto verificáveis, ainda que devam ser corroboradas por meio do ato de aplicação. (ÁVILA, 2007, p. 40)

A positivação dos costumes e práticas sociais importa a verificação de que, sem sombra de dúvidas, a elucidação de positivação destes princípios fora a emancipação, uma forma de legitimação do interesse público.

O interesse da população, de maneira majoritária, é o estopim de grandes revoluções que conceberam o Estado como é hoje. O doutrinador Bandeira de Mello disciplina serem os dois princípios que fundamentam, todo o sistema jurídico-administrativo (i) a supremacia do interesse público sobre o privado; e (ii) a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos. (MELLO, 2006)

Neste sentido, comenta Baptista:

Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social. (BAPTISTA, 2003, p. 129-130)

Em matéria de direito administrativo, convém ressaltar o importante papel desempenhado pelos princípios, que em sua intrínseca materialidade, possibilitam à Administração Pública e ao Poder

Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas inerentes à Administração.

Ademais, não seria a necessidade de satisfação de interesse público o fator diferencial entre as relações de direito público e de direito privado, uma vez que ambas devem sempre respeitá-lo e resguardá-lo.

2.5 SUPERANDO A DICOTOMIA ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PRIVADO ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA A PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA

O principal ponto que caracteriza as relações jurídicas e administrativas é a imantação ditada pelos princípios superiores, explícitos e implícitos, regentes da Administração Pública, e não a desmedida subordinação dos cidadãos, de maneira irrestrita, à finalidade pública.

Assim, todo o Estado afigura-se defensor, antes de qualquer coisa, do interesse público, seja qual for, inclusive, por obviedade, do interesse do povo pela transparência de seus representantes, pelo conhecimento dos atos estatais, enfim, pela verdade.

Nesse prisma, o princípio da indisponibilidade do interesse público é basicamente do princípio que proíbe a autoridade administrativa de deixar de tomar qualquer providência ou retardar resultado que prejudique o interesse público.

Assim, tem-se que a autoridade administrativa deve estar sempre disponível à realização de qualquer ato que possa almejar o bem-estar social. Quando essa autoridade omite-se em propiciar esse benefício, estará ferindo consubstancialmente o princípio da indisponibilidade do interesse público, afinal sua função é exatamente o contrário, estar disponível à sociedade.

Segundo exalta o doutrinador Meirelles, o princípio da indisponibilidade também é denominado Princípio da Supremacia do Interesse Público ou da Finalidade Pública, que torna-se um pressuposto na sociedade em que vivemos, eis que se deve, antes do privado, atender ao interesse público. (MEIRELLES, 2007)

Os atos da Administração Pública devem estar disponíveis a todo e qualquer cidadão, sem qualquer distinção entre os membros da comunidade social.

Para Mello:

O Princípio da Supremacia do interesse público

sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência, Assim, não se erradica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, ou do meio ambiente (art. 170, XIII, V e VI), ou tantos outros. Afinal, o princípio, em causa, é um pressuposto lógico do convívio social. (MELLO, 2005, p. 85)

Exemplifica Medauar, que fere o Princípio da Indisponibilidade autoridade que deixa de apurar a responsabilidade por irregularidade de que tenha ciência, isto é, ocorrendo fato que venha a causar prejuízos à coletividade, deverá o administrador público tomar as devidas providências no menor tempo possível, visando o bem comum da sociedade, eis que, dentre todas as hipóteses, o interesse geral (público) prevalecerá indubitavelmente sobre o interesse de particulares. (MEDAUAR, 2007).

Frise-se também, que caso a autoridade deixe de cobrar créditos da Fazenda Pública, estará, em suma, desatendendo ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pois os impostos visam garantir a estrutura e organização de toda a sociedade.

Mello dá importante contribuição ao tema, ao discorrer acerca do interesse público como uma projeção de interesses individuais e privados em um plano coletivo, ou seja, um interesse comum a todos os indivíduos, que representa o ideal de bem-estar e segurança almejado pelo grupo social. Afirma:

Uma pista importante para perceber-se que o chamado interesse público – em despeito de seu notável relevo e de sua necessária prevalência sobre os interesses pessoais peculiares de cada um - não é senão uma dimensão dos interesses individuais. (MELLO, 2006, p. 51)

Assim, na medida em que tenta enfatizar a existência de um elemento de ligação entre interesse público e privado, destaca entender não ser possível separar ambos os conceitos, adotando uma concepção orgânica da relação entre indivíduo e coletividade (maiorias), inerente aos conceitos de sociedade e de Estado de Direito, concluindo o autor com a ideia de que interesse público e interesse coletivo são sinônimos.

(MELLO, 2006)

Em seguida, ao analisar o conceito e a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o jurista deixa estampada com nitidez sua dificuldade em ser fiel a essa sua premissa teórica calcada na ideia acertada de que o interesse público é uma dimensão do interesse particular:

Trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados. (MELLO, 2006, p. 53)

O problema teórico enfrentado encontra-se na adoção de uma concepção unitária de interesse público como premissa, e na afirmação de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual), pois não há prevalência de um interesse, considerando que deva existir a justa medida, pois caso contrário, a prevalência de um ensejaria a abolição total do outro.

A seu turno, Di Pietro propõe a bipolarização público-privado, destacando que mesmo diante de uma relativização desse posicionamento, trazida pelos novos tempos, existem determinados axiomas que não se podem ignorar; dentre eles, ressalta a função específica das normas de direito público, qual seja, “*atender os interesses públicos, o bem estar coletivo*”. (DI PIETRO, 2004. p. 69-82)

Nesse diapasão, menciona o interesse particular como mero interesse reflexo, ou seja, quando em análise no contexto de normas de direito público, essas últimas delimitam o seu âmbito de incidência a um plano único, no qual não se comportam atender interesses de cunho meramente individual.

Adiante, ao reiterar a relevância do dito princípio para o exercício das atividades administrativas, dita que:

Se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral, que não pode ceder diante do interesse individual. (DI PIETRO, 2004, p. 69)

Por tudo isso, não há como negar, destarte, que todo o discurso da

renomada jurista caminha no sentido de confirmar a existência do princípio em análise, e nele identificar a “sede principal” do Direito Constitucional e Administrativo.

No mesmo sentido, mais ampla e completa defesa do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular encontra-se na obra de Medina Osório.

Inicialmente, como pressuposto mesmo à construção de sua tese, Osório admite seja a supremacia do interesse público sobre o privado um princípio constitucional implícito, extraído da leitura sistemática de diversos dispositivos os quais protegem o interesse público na Constituição Federal.

Afirma o autor que:

São múltiplas as fontes constitucionais da superioridade do interesse público sobre o privado. Dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública decorre a superioridade do interesse público em detrimento do particular, como direção teleológica da atuação administrativa. Resulta clara, na seqüência, a relação entre o imperativo conteúdo finalístico da ação administrativa (consecução do interesse público) e a existência de meios materiais e jurídicos que retratam a supremacia do interesse público sobre o privado, é dizer, as situações de vantagens da Administração em detrimento do particular encontram raízes na existência de fins de utilidade pública perseguíveis pelo Poder Público. De outro lado, a existência de bens coletivos que reclamam proteção estatal e restrições a direitos individuais também retratam um princípio de superioridade do interesse público sobre o particular. Nas normas constitucionais protetivas desses bens e valores coletivos, portanto, está implícita a existência do interesse público e sua superioridade relativamente ao privado. (MEDINA OSÓRIO, 1998, p. 68-69)

Deste modo, pelo que foi visto, segundo a doutrina majoritária brasileira é este princípio um fomentador das desigualdades entre Administração Pública e administrados, eis que, em tese, designa que deve prevalecer o interesse público sobre o privado, servindo de fundamento para a legitimação de todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime

jurídico-administrativo.

A título de exemplificação, no plano processual, vê-se claramente a enunciação de prerrogativas para a Administração Pública consubstanciadas pela supremacia do interesse público como a quadriplificação do prazo para responder e a duplicação dos prazos recursais, a representação legal sem a necessidade de apresentação de procuração, a não produção dos efeitos da revelia, o duplo grau obrigatório de jurisdição, a impenhorabilidade de bens e o sistema de execução mediante precatórios.

Corporificando e personificando o próprio interesse público, faria jus a um conjunto de privilégios processuais, sem os quais os interesses gerais da coletividade podem ser comprometidos.

Dessa forma, o patrimônio estatal e os interesses cometidos à tutela do Poder Público, gozando de uma posição de prevalência sobre o patrimônio e os interesses individuais particulares, devem ficar protegidos por normas instituidoras de um tratamento diferenciado e garantista.

Assim ocorre com o princípio da publicidade objeto do presente estudo. É em homenagem à supremacia do interesse público que inúmeras informações são “ocultadas” da população. Porém, como determinar até onde é realmente necessário aos cidadãos (enquanto maiores interessados nas ações estatais), serem impedidas de tomar conhecimento de determinados fatos. Ou, indo mais além, como impor uma “classificação” aos dados e informações do Governo (seja como 'secretas', 'ultra-secretas', etc), se os verdadeiros governantes, a população (que, pelo regime democrático vivenciado é tão somente representada pelos governantes), não pode tomar conhecimento dos mesmos. Eis aqui a necessidade de análise de toda essa problemática a partir de noções proporcionais e razoáveis, em cada caso em concreto.

Aliás, raciocínio semelhante se desenvolveu a respeito das prerrogativas administrativas de cunho material, através das chamadas cláusulas exorbitantes, elevadas à condição de elementos identificadores dos contratos administrativos, sempre sendo justificadas com fulcro na *verticalidade* das relações travadas entre Estado e particular, em oposição à *horizontalidade* das relações estabelecidas entre partes privadas. Ainda, dito princípio da supremacia do interesse público sempre invocado para dar supedâneo à inoponibilidade, pelo particular, da exceção do contrato não cumprido, aos poderes de alteração e extinção unilateral do contrato pelo Poder Público, aos poderes de fiscalizar as atividades do contratado, intervir na sua gestão e aplicar-lhe sanções, dentre outros.

Ocorre que todas as aludidas prerrogativas da Administração, vistas como desequilibradas entre o Poder Público e os particulares, não podem ser justificadas à luz de uma regra de prevalência apriorística e absoluta dos interesses da coletividade sobre os interesses individuais, especialmente se tratando de direitos constitucionalmente e indistintamente garantidos, como a publicidade.

É necessário mencionar que com o pós positivismo, inevitavelmente deparamo-nos com a superação dogmática de tais categorias jurídicas, pois parte-se da ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos traduzidos em parâmetros jurídicos a pautar a atuação da Administração Pública.

Tais fatores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, por estarem situados em âmbito acima e para além da lei, vinculam juridicamente o conceito de interesse público, de modo a estabelecer parâmetros principiológicos para o exercício da discricionariedade administrativa, resultando na derrubada do arcabouço dogmático do velho direito administrativo até então concebido.

Precipuamente, é necessário lembrar de que o princípio da isonomia também está previsto como norma constitucional. Destarte, as hipóteses de tratamento diferenciado conferido ao Poder Público em relação aos particulares devem no mínimo obedecer aos rígidos critérios estabelecidos pela lógica do princípio constitucional da igualdade. É dizer: qualquer diferenciação deve ser instituída por lei, além de sujeitar-se, no seu contexto específico e na sua extensão, ao postulado da proporcionalidade.

A respeito, como exalta sinteticamente Meirelles, o Princípio da Proporcionalidade pode ser denominado como sendo a proibição de excesso; e em síntese possui a finalidade de aferir compatibilidades entre meios e fins, no tema em pauta, evitando restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública. (MEIRELLES, 2004)

Como vivemos em um Estado Democrático, embasado no princípio da legalidade, nada mais justo que o Poder Público outorgue a cada qual o que lhe é devido, com um grau máximo de proporcionalidade entre todos e todas, inclusive no que tange às medidas sancionadoras que concomitantemente são adotadas pelo Administrador Público, não podendo haver caráter desproporcional.

De forma geral, todo ato realizado pela Administração Pública deve ser tomado a partir de uma delonga de reflexão, equilíbrio, o máximo de adequação às necessidades para que se evidencie um

relacionamento sadio entre administração e sociedade.

Ademais, enraizando ainda mais o Princípio da Proporcionalidade no atual sistema constitucional administrativo, a razoabilidade tem importante papel limitador da atuação da Administração. A respeito, comenta Meirelles:

A razoabilidade revela-se quase sempre incompleta, ante a constante ligação que dela se faz com a discricionariedade administrativa. Não se nega que, em regra, sua aplicação está mais presente na discricionariedade servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo judiciário, ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. (MEIRELLES, 2007, p. 92)

No mesmo norte, contrapondo a razoabilidade e a atuação discricionária, lembra Moreira Neto que a Administração:

Atua com o critério finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto para prática do ato discricionário. Deve haver, pois, uma relação de pertinência entre a finalidade e os padrões de oportunidade e de convivência. (MOREIRA NETO, 1990, p. 133)

Entende-se, pois, que a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade, sendo que a definição do que é o *interesse público*, e de sua manifesta supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador público, passando a depender de juízos de ponderação proporcional (razoabilidade) entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.

Compreende ainda Moreira Neto que a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para ser em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição Federal e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. (MOREIRA NETO, 2002, p. 33-54)

Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.

O tradicional discurso de que a supremacia do interesse público prevalece sobre o particular, atualmente com uma sistemática constitucional cidadã, totalmente comprometida com a proteção e promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo, sofre modificações, pois o direito administrativo não tem mais como ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas sim de proporcionalidade.

Ávila demonstra de forma cabal o vazio conceitual do dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sob um aspecto principiológico constitucional.

Segundo Ávila, o referido “princípio” não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja sob o normativo, nem tampouco pode ser compreendido como um postulado normativo.

Nessa esteira da incompatibilidade, ressalta o autor que o princípio da supremacia do interesse público também não encontra respaldo normativo, por três razões: a uma, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; a duas, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo “princípio”; e a três, por demonstrar-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional. Partindo da sistemática constitucional vigente, inexistente fundamento de validade do indigitado “princípio”. (ÁVILA, 1999)

Tudo isso se deve ao fato de que a organização da Constituição brasileira volta-se precipuamente para a proteção dos interesses do indivíduo advinda dos argutos anseios pelo retorno à ordem democrática, outrora corrompida pelos governos militares, e concebeu na Constituição Federal de 1988 fartura de normas e princípios ilustrativos do espírito cidadão como base da sociedade. Nas palavras de Ávila:

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais). (ÁVILA, 1999, p. 128)

A descaracterização do princípio da supremacia do interesse público enquanto norma-princípio consubstancia-se por sua

incompatibilidade com os postulados normativos da proporcionalidade previstos constitucionalmente, de forma implícita.

A análise do princípio da proporcionalidade insere-se historicamente desde a Grécia Antiga, quando ainda prolatado por Aristóteles, o qual abstraiu referido postulado de um sentido de igualdade:

[...] o justo, na acepção é, portanto, o proporcional e o injusto é o que viola a proporcionalidade. Neste último caso um quinhão se torna muito grande e o outro muito pequeno, como realmente acontece na prática, pois a pessoa que age injustamente fica com um quinhão muito pequeno. (ARISTÓTELES, 1992, p. 97)

Nos tempos atuais, entende-se a proporcionalidade como princípio, isto é, uma condição para o conhecimento de normas jurídicas. Tal postulado orienta a interpretação e aplicação das normas no sentido de acomodar os bens jurídicos que estão em jogo, sem que se exclua um em prol da subsistência do outro, ou seja, dentre as opções disponíveis, todas são otimizadas em algum nível.

Comparando Supremacia do Interesse Público e Proporcionalidade, com efeito, denota-se que não há como conciliar no ordenamento jurídico um princípio que, ignorando as nuances do caso concreto, pré-estabeleça que a melhor solução consubstancia-se na vitória do interesse público. A supremacia por si afasta o processo de ponderação, fechando as portas para os interesses privados que estejam envolvidos no caso em concreto quando analisado isoladamente.

Fato é que o princípio em questão (supremacia do interesse público), ao rejeitar as especificidades de cada caso, impondo uma única e invariável relação de prevalência do interesse público, termina por distanciar-se do princípio da proporcionalidade, mormente no que tange às suas acepções de adequação (o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim a que se destina), necessidade (dentre os meios hábeis, a opção deve incidir sobre o menos gravoso em relação aos bens envolvidos) e proporcionalidade em sentido estrito (a escolha deve trazer maiores benefícios do que a restrição proporcionada), nas quais sobressalta a relevância da análise casuística pelo aplicador e intérprete da norma.

Assim, a dissociabilidade entre interesse público e privado é imprescindível para se afirmar a predominância de um sobre o outro. Não obstante, considerando que o bem comum inclui o bem de suas partes, realizar o interesse público passa, necessariamente, pela

consideração dos cidadãos em sua dimensão individual. Público e privado colocam-se, assim, em posição de irresistível vinculação, o que contraria o pressuposto anteriormente arrolado.

A relação bipolar Estado/Cidadão, enquanto objeto central do direito administrativo apresenta-se em tom necessário e inexorável. Na prática, constata-se que o caráter cada vez mais multipolar das relações ditas administrativas, permeadas que são por vínculos nos quais inexistente necessária contraposição entre o público e o privado.

Eventual reconhecimento da supremacia do interesse público enquanto postulado normativo do Direito Administrativo depende da possibilidade de determinação objetiva e abstrata do conceito de interesse público. Tal requisito, contudo, não pode ser atendido. Somente a partir da concretização das normas constitucionais e legais vigentes (essas, sim, juridicamente relevantes) pode-se alcançar, em determinada circunstância, a dimensão do que seja o interesse público prevalente.

Ávila, através de uma visão de ordem normativa e lógica, conclui que o conhecimento do direito não se submete, ou se resume a uma condição que mande prevalecer, aprioristicamente, o interesse público em detrimento do privado. (ÁVILA, 1999)

Entende-se sim, que o constitucionalismo moderno não mais permite que o mero interesse das maiorias esteja localizado hierarquicamente superior ao indivíduo, pois a nova ordem (pós-positivista) surge da superação dos regimes absolutistas, advindo da necessidade de contenção do poder do Estado.

Tal escopo instrumentalizou-se a partir da proteção de um conjunto de direitos (fundamentais) que, positivados em uma Constituição, dita aqui a Constituição brasileira de 1988 foram erigidos a um nível hierárquico superior.

Historicamente, podem-se verificar precedentes daquele que, mais tarde, no final do século XVIII e início do XIX veio a ser reconhecido como o fenômeno do constitucionalismo. A história dá notícia de que, em épocas remotas, existiram documentos que, fazendo às vezes de Constituições, protegiam direitos vários, a exemplificar aquela datada de 1215.

Justamente, fora essa grande inovação das constituições da modernidade consistente em ideais humanistas/iluministas, que posicionam o homem no epicentro do ordenamento jurídico, verdadeiro fim em si mesmo (Emanuel Kant), a partir dos quais se irradia um elenco farto de direitos fundamentais.

Tais direitos ganharam assento, sobretudo, nas ideias de

dignidade da pessoa humana e de Estado Democrático de Direito, servindo, concomitantemente, à legitimação e à limitação do poder estatal.

A partir de então, o reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta do coletivo sobre o individual. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento reside na própria preservação dos direitos fundamentais, e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade, impõe o legislador à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Conforme exalta por Moreira Neto:

Não se nega a existência de um conceito de *interesse público*, como conjunto de interesses gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada (a dicção do Direito) e através de ação jurídica politicamente fundada (a execução administrativa ou judiciária do Direito). (MOREIRA NETO, 2002, p. 13)

O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma união entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros.

Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

Entende-se assim, que de modo análogo às Cortes Constitucionais, a Administração Pública deve inevitavelmente promover esforços em busca de critério de ponderação para superar as regras de preferência estáticas atuando estrategicamente com vistas à formulação, conforme denomina Ávila, certos *standards* de decisão.

Tais *standards* (fundamentos) permitem a flexibilização das decisões administrativas de acordo com as peculiaridades do caso concreto que está sob análise do administrador, mas evitam o mal reverso, que é a incerteza jurídica total provocada por juízos de

ponderação discricionários produzidos caso a caso. (ÁVILA, 1999)

Veja-se que tal raciocínio ponderativo funciona como verdadeiro requisito de legitimidade dos atos da Administração Pública, traduzindo postura mais objetivamente comprometida com a realização dos princípios, valores e aspirações sociais expressos no documento constitucional.

Considerando que, na lógica da separação de poderes, compete precipuamente à Administração Pública implementar projetos legislativos e políticas públicas, fazem parte da rotina do administrador público situações diversas, as quais lhe demandam a tomada de decisões investidas, não raro, de larga margem de discricionariedade que pode e ocorre em diversas escalas do poder, excessos desmedidos e injustificados, de modo a ferir de morte o princípio da proporcionalidade elencado inclusive junto ao artigo 2º da Lei 9784/1999,⁹ haja vista apenas realizar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado sem justificação fundamentada.

O Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades pode aplicar a técnica da ponderação, instrumentalizada através do postulado da proporcionalidade. Exemplo foi a decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, que guiou o Plenário da Corte Suprema no julgamento da Intervenção Federal 2.257-6/São Paulo¹⁰.

⁹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

¹⁰ [...] o princípio da proporcionalidade representa um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.

Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto)”.¹¹

Derradeiramente, revela-se de importância para formulação dos juízos de ponderação, a participação do cidadão, seja a título de defesa de direitos individuais (participação *uti singulus*), seja como membro da coletividade, na defesa de interesses difusos e coletivos (participação *uti cives*).

Ao direito do cidadão de sustentar seus próprios interesses, soma-se, com especial importância, o interesse da coletividade na obtenção de juízos de ponderação, e de consequentes decisões administrativas, dotadas do conhecimento pleno pelos julgadores das circunstâncias fáticas e argumentos jurídicos que envolvem o caso.

A participação dos administrados é também, portanto, insumo essencial para alcance do ponto máximo de otimização e racionalidade na produção das decisões administrativas. Todavia, há que se considerar de que, via de regra, sem uma publicidade ampla e plena, indissociável da população, não há como haver qualquer participação por parte dos administrados.

Sinal da constitucionalização do Direito Administrativo, com o fim de reaproximar Direito, Estado e Ética, a Constituição de 1988, mais precisamente o artigo 37, trouxe para nosso ordenamento um rol de princípios da administração pública, explícitos e implícitos, dentre eles o tema base do presente estudo, o Princípio da Publicidade.

Entretanto, mesmo com advento desse direito elevado ao status de cânone constitucional, o Poder Público, em quaisquer de suas esferas e poderes, ao que se denota, não conseguiu incorporar integralmente essa imposição na realização de suas ações públicas e políticas.

Essa realidade, transparente a todo e qualquer cidadão brasileiro, não pode passar despercebida ao estudo do direito, que pode e deve buscar uma hermenêutica emancipadora da Constituição Federal para a efetivação dos princípios da Administração Pública, seja através da especificação desses valores (levando em consideração o contexto prévio em que foram inseridos no ordenamento, com vistas a se traduzir numa tentativa de aplicação substancial, e não só formal, deste princípio - Teoria da Diferença-Especificidade); seja através de um método interpretativo aberto, resultante de um esforço de toda a sociedade e, principalmente, dos operadores jurídicos, no sentido de concretização dessa norma; ou, até mesmo, que seja pela implantação de toda uma legislação infraconstitucional que viabilize sua eficácia.

CAPÍTULO III – PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ADMINISTRATIVA E OS IMPASSES ATUAIS

3.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE E A TEORIA DO “SEGREDO DE ESTADO” NO REGIME DEMOCRÁTICO

O principal paradoxo que encontramos no tema objeto do presente estudo é o da limitação de informação *versus* a transparência plena e ampla da Administração Pública, isso em um Estado em que a Publicidade enquanto postulado fundamental vem garantida por disposição Constitucional.

Devido ao papel essencial que cumpre a este postulado, o constituinte achou por bem referir-se expressamente à publicidade como princípio geral da Administração Pública esculpido no rol do artigo 37, caput, juntamente com a legalidade, impessoalidade, a moralidade e eficiência.

Em linhas gerais, esses princípios são os pilares da Administração Pública visando dar a essa unidade e congruência, refletindo a sua ideologia e o modo pelo qual deve ser aplicada.

Nos dizeres de Bonavides, princípios como esses formam “a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes.” (BONAVIDES, 2006)

Por entre aos direitos fundamentais trazidos pela Constituição do Brasil, pode-se afirmar, um desses é o chamado acesso às informações públicas.

Embora a previsão disposta no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88, que assegura a todos o acesso às informações de interesse particular ou coletivo, tal garantia ainda permanece com traços de inércia ou inexpressiva aplicabilidade, eis que, sob o argumento de defesa do interesse público, a Administração de uma forma geral, em diversas situações, acaba por vedar o acesso dos cidadãos a informações declinadas como “secretas”.

Em que pese referido entendimento, calcado no princípio da supremacia do interesse público, conforme já explicitado neste trabalho em outra oportunidade, o sigilo de determinadas informações vem sendo mitigado frente aos postulados normativos constitucionais, em especial aqueles denominados Direitos fundamentais.

É consabido que o destinatário direto desses Direitos, em especial

o de acesso às informações, é a Administração Pública, em todos os seus níveis: Executivo, Legislativo, Judiciário; Autarquias, Fundações, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. Entes privados com função pública (como Concessionárias e Permissionárias de Serviços Públicos) também estão sujeitos a conceder ao particular e à sociedade em geral dados e documentos independentemente de seu caráter sigiloso.

O consagrado Direito à informação impõe-se como um dos principais aspectos da cidadania, expondo-se como confiável medidor do grau de aptidão democrática alcançado por um Estado.

De modo a propalar com objetividade a veiculação da publicidade oficial, a Constituição Federal ainda traz em específico o § 1º do artigo 37.¹¹

Entretanto, de uma maneira geral, pode-se dizer que em grande parte das organizações sociais havidas ao longo de séculos, o segredo sempre fez parte da Administração Pública. A ausência de prestação de toda e qualquer informação à população sempre foi foco dos governos em todo o mundo.

Coadunaram-se a essa ideologia incontável número de fiéis estudiosos que, com o tempo, notaram que intrinsecamente o segredo é parte da própria sociedade. A manutenção de algumas informações em segredo é fator da manutenção do poder público, e, conseqüentemente, promulga a manutenção da organização e da paz social.

Não se pode negar que em algumas situações a desinformação fora utilizada em proveito dos próprios governantes, porém, em outros casos fora a única forma de manter a população crente em seu soberano.

De acordo com Cademartori,

O segredo como prática de dominação política, ou como instrumento de poder, acompanha a trajetória histórica do Estado moderno e contemporâneo. Corporificada hoje na noção de “Segredos de Estado”, a ação do governo que se oculta escondendo suas práticas, encontra-se presente nas reflexões de quase todos aqueles que erigem a política como um dos campos privilegiados de estudo. De fato, desde o nascedouro daquela instituição conhecida como

11

A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

“forma-Estado”, com o processo de laicização do poder que se dá na Baixa Idade Média Ocidental e a subsequente consolidação de governos absolutistas, encontramos as práticas secretas dos governantes no centro dos processos de tomadas de decisão a respeito do destino de seus povos. (CADEMARTORI, 2004, p. 85-114)

Esse fenômeno existe desde as primeiras formações sociais do mundo. Todavia, atualmente a publicidade percebe outra conotação, bem mais ampla e universalizada.

No transcurso do tempo, percebe-se que a manutenção de informações em segredo era meio e também reflexo do exercício do poder.

Não se poderia ter poder, se todos os cidadãos tivessem os mesmos conhecimentos que o próprio soberano. Idealiza-se, pois, que o governante é mais sábio que seus súditos.

Cademartori refere-se:

Finalmente, por **SEGREDOS DE ESTADO** entender-se-á aqui todo conhecimento, informação ou ação que, por ter em vista a manutenção da dominação, é destinada pelos detentores do poder do Estado a manter-se oculta do público. (CADEMARTORI, 2004, p. 90)

Na consagrada ideologia platônica, por exemplo, a manutenção de algumas informações em segredo pelo governante é razoável, posto que esse deve preocupar-se somente em garantir o bem comum, mesmo que para isso seja necessário manter suas motivações ocultas.

Cademartori sobre o assunto destaca em seu artigo:

O rei-filósofo de Platão é um protetor da pólis. É o único que, graças aos conhecimentos da filosofia, consegue ver a verdade (em seu sentido grego, como “aletéia”, isto é, como desvelamento, desocultamento daquilo que está escondido na natureza) da finalidade da pólis. O povo, mantido na minoridade, só pode ver de forma parcial. (CADEMARTORI, 2004, p. 92)

O modelo platônico de constituição da pólis pressupõe a existência de um soberano autocrático que, munido do conhecimento que lhe proporciona a filosofia, cria estruturas de dominação com uma realidade inacessível à sociedade mantida em situação de minoridade,

isto é, impedida de fazer uso público da própria razão. E isto porque, dentro do modelo da República ideal, as diversas classes (artesãos, guerreiros e lavradores) somente podem ter em vista seus interesses particularistas, mantendo-se carentes de uma reflexão universal sobre a *pólis*.

É nesse contexto que deve ser vista a alusão à mentira na citação precedente.

Na referida sociedade, haverá um soberano autocrático, o qual deve manter seu poder e a organização social, a fim de proteger a própria sociedade.

Aliás, para Platão, os cidadãos devem manter uma ideologia individualizada da vida como um todo, enquanto que uma visão universal de toda a *pólis* pertence apenas ao soberano, que pronuncia inverdades ou omite fatos verídicos na defesa daquela.

Também importante salientar a influência da Igreja durante o período medieval nesse fenômeno, instituição na qual a ocultação de informações aos cidadãos e cristãos sempre foi evidenciada sob a concepção dos mistérios da fé para a representatividade divina dos superiores na terra. Dessa conotação, é evidente que os superiores religiosos possuíam muito mais conhecimento que as pessoas, as quais, diante de seus sermões, conformavam-se em seu desconhecimento.

Há, porém, segredos muito além daqueles que o Estado oculta da população. Há segredos que as pessoas ocultam do Estado, do soberano. Esses segredos são as ideologias contrárias ao ordenamento estatal, e normalmente são estopins de guerrilhas dentro do próprio ente. Em alguns casos chegam os autores a denominar essas organizações como “estados dentro do Estado”.

Outrossim, a ocultação promovida pelos governantes sob o pretexto de ser o próprio segredo “interesse da sociedade” ocorre, segundo Arendt:

Às flexíveis opiniões do cidadão acerca dos assuntos humanos, os quais por si próprios estão em fluxo constante, contrapunha o filósofo a verdade acerca daquelas coisas que eram por sua mesma natureza sempiternas e das quais, portanto, se podiam derivar princípios que estabilizassem os assuntos humanos. Por conseguinte, o contrário da verdade era a mera opinião, equacionada com a ilusão; e foi esse degradamento da opinião o que conferiu ao conflito sua pungência política; pois é a opinião, e não a verdade, que pertence à classe dos pré-requisitos indispensáveis a todo poder.

(ARENDT, 1972, p. 325)

Exemplificadamente, é contra essas organizações que o príncipe referendado por Maquiavel chega a uma conclusão, qual seja, para atingir essas 'organizações secretas' é inequívoco que também far-se-á necessário utilizar-se de um poder secreto, não revelado ao povo, a fim de garantir o interesse comum e, em especial, o seu poder e legitimidade.

Aliás, o ideário maquiavélico é claro e sucinto: se desejar manter-se no poder, o governante necessita enfrentar um grande dilema: ou existirá república e cidadania, ou o poder do soberano estará sempre sob ameaça.

Lafer cita em sua obra:

Se poucos podem travar uma guerra aberta contra o poder autocrático, a todos é dado conspirar em sigilo contra o Príncipe. Poder invisível e contrapoder invisível são, em verdade, duas faces da mesma moeda. (LAFER, 1988, p. 256)

Na atualidade, a título exemplificativo, podemos citar organizações que agem contra o Estado, máfias e grupos terroristas, ainda outras secretas ou discretas, que atuam no Estado, porém não contra ele, como a Maçonaria, e também organizações secretas criadas e regidas pelo próprio Estado, como os serviços secretos.

Na seara estatal, porém, a manutenção de informações ocultas ao público é entendida, pois, como meio de continuidade do poder sobre o povo. Para governantes absolutistas é inaceitável a soberania popular e o sufrágio universal, e é repugnante a ideia de que os dirigentes devem prestar contas (publicização) de seus atos à população, leiga e não qualificada. É necessário lembrar que sob certo prisma essa omissão foi necessária em alguns períodos e civilizações do mundo. Todavia, sob um enfoque atual, no qual os Direitos e garantias são extremamente garantidos e difundidos, a existência de informações ocultas ao povo demonstra-se distante dos ditames democráticos e sociais.

Segundo Bentham, a transparência é elemento relevante na administração pública, pois os súditos têm Direito de conhecer os fundamentos em que se baseia o soberano para governar. (BETHAM, 1973)

Sua preocupação com o conhecimento por parte dos cidadãos fez surgir o fenômeno chamado Opinião Pública, que, apesar da multiplicidade de conceituações pelos mais diversos autores, trata-se,

basicamente, da concepção que as pessoas têm de determinado assunto. Durante muitos anos as pessoas sequer possuíam uma opinião pública, porém, com o passar dos séculos, especialmente com o surgimento do Estado Moderno e do Estado Constitucional de Direito, essa aflorou, foi crescendo e as pessoas passaram a tornar-se cada vez mais ativas na sociedade.

Essa atividade social resultou em inúmeras liberdades alcançadas com lutas pela transparência e visibilidade do poder, como, em especial, as ideias Iluministas que traçaram um modelo ideal de sociedade onde a publicidade é base da própria liberdade.

Aliás, a respeito, Schmitt adota uma ideologia extremamente interessante acerca da opinião pública. Para ele, a expressividade da opinião pública foi uma forma de controlar a atividade estatal e tornou-se uma garantia contra qualquer abuso de poder. Direitos políticos como a liberdade de manifestação, de pensamento e de imprensa, decorrem das manifestações das opiniões dos cidadãos sobre os acontecimentos sociais. (SCHMITT, 1982)

Neste contexto, indispensável mencionar o pensamento de Schmitt, que, sem necessidade de qualquer adição, acentua:

A pesar de su inaprensibilidad e inorganizabilidad, la opinión pública ha sido reconocida y tratada desde el siglo XVIII en la literatura política y de la Teoría del Estado como factor especial de la vida estatal. Los filósofos de la Ilustración del siglo XVIII eran partidarios de un despotismo ilustrado, pero veían en una opinión pública ilustrada el control de toda la actividad estatal y una segura garantía contra cualquier abuso del poder del Estado. Libertad de manifestación del pensamiento y libertad de Prensa se convirtieron así en intuiciones políticas. De ahí reciben el carácter de derechos políticos y dejan de ser secuela como en el proceso americano, de la libertad de conciencia y de religión. El ejercicio de la libertad de Prensa, de la libertad de manifestación de opiniones políticas, no solo es un ejercicio dentro de la esfera privada de la libertad, sino actividad pública, desempeño de una cierta función pública, el control público.¹²

12

Apesar de sua imprescindibilidade, a opinião pública tem sido reconhecida e tratada desde o século XVIII na literatura política e na teoria do Estado como fator especial da vida do Estado. Os filósofos do Iluminismo do século XVIII eram partidários de um despotismo

(SCHMITT, 1982, p. 242)

É evidente, pois, a preocupação de mencionado autor com a publicidade para garantir que a moral e a política trilhem o mesmo caminho. Para ele, em suma, o que é público, deve ser exercido em público, e não secretamente.

Bobbio defende que a ausência de publicidade é mecanismo de poder em qualquer estrutura burocrática, entende ainda que o segredo de Estado é um grande obstáculo para a existência da Democracia. (BOBBIO, 1986).

Apesar de enunciar a existência de um “Estado administrativo”, Bobbio reconhece que “a democracia é o governo do poder visível, bem como que é o governo do poder público em público”. (BOBBIO, 1986)

O mesmo autor enuncia:

O governo democrático desenvolve sua atividade em público, sob os olhos de todos. E deve desenvolver a sua própria atividade sob os olhos de todos porque todos os cidadãos devem formar uma opinião livre sobre as decisões tomadas em seu nome. De outro modo, qual a razão os levaria periodicamente às urnas e em quais bases poderiam expressar o seu voto de consentimento ou recusa? (...) o poder oculto não transforma a democracia, a perverte. Não a golpeia com maior ou menor gravidade em um de seus órgãos essenciais, mas a assassina. (BOBBIO, 1986, p. 118)

Aliás, o próprio vocábulo 'público' é compreendido por Bobbio de duas maneiras: não-privado e secreto. Assim, para ele, o caráter público é regra, o segredo, a exceção.

A publicidade do governo resta evidenciada, tanto pelo caráter Constitucional do Estado quanto pelo caráter Democrático. Ora, é fácil notar-se que, para se governar, é necessário conhecer aquilo que se governa. Portanto, tanto sob o olhar de constitucionalidade, quanto sob o

esclarecido, mas viram um controle de opinião pública esclarecida de todas as atividades do Estado e uma garantia segura contra qualquer abuso de poder do Estado. Liberdade de expressão do pensamento e liberdade de imprensa se converteram em instituições políticas. Daí, recebem o caráter de direitos políticos e deixam de ser uma secura como no direito americano, da liberdade de consciência e de religião. O exercício da liberdade de imprensa, da liberdade de expressão de opiniões políticas, não são apenas um exercício da liberdade dentro da esfera privada de liberdade, são atividades públicas, desempenham uma função pública, o controle público.

olhar democrático, a publicidade faz parte, obrigatoriamente, do dever do soberano para com seu povo.

Rezam os institutos, ao menos literalmente, que o poder pertence ao povo, que será apenas representado. Por tal motivo, conferir caráter de invisibilidade ou ocultação de informações ao povo é regra absolutamente contraditória no Estado Constitucional de Direito.

Além do mais, com o distanciamento da publicidade dos indivíduos, torna-se complicado e quase impossível realizar-se um controle sobre eventual abuso de poder dos governantes.

Concorda com esse entendimento Lafer, especialista de cuja obra se colhe a ideia de que o Direito à informação é elemento basilar para se falar em política, para o agir em conjunto, sendo sua vedação característica uniforme dos regimes totalitários. Aliás, descreve o autor claramente acerca dessa necessidade:

Numa democracia, a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle, ex parte populi, da conduta dos governantes. É por essa razão que, no mundo moderno, a representação política democrática, que substitui a ágora da pólis, só pode ter lugar na esfera do público, e um Parlamento só pode ser representativo, como aponta Carl Schmidt, se existe a crença de que sua atividade específica reside na publicidade. Neste sentido, numa democracia a publicidade é a regra básica do poder e o segredo a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos *arcana imperii*, ou seja, dos segredos de Estado. (LAFER, 1988, p. 243-244)

Porém, analisado o mesmo paradigma nos dias atuais, é crível se notar que a ausência de informação não se coaduna com o regime Democrático de Direito.

A publicidade pressupõe de pronto a liberdade, aqui entendida como liberdade de informação, de culto, de movimentação, enfim, liberdade ampla e geral.

Em termos estatais, entendemos que um governante não poderá deixar de levar ao conhecimento da sociedade as informações, sociedade esta que lhe conferiu o poder de governar.

Não haverá legitimidade democrática em um Estado quando por falhas vitais de transparência dos representantes do povo e por

desrespeito às garantias e preceitos constitucionais não estiver o governante adstrito.

Aliás, a discussão não para aqui, muito além disso, em casos concretos, nota-se que a ausência de informação foi, e ainda é, embora em grau mais moderado, pivô de colossais entraves políticos, religiosos, sociais e legais no decorrer dos tempos.

3.2 O TRATAMENTO NORMATIVO DA PUBLICIDADE

O tratamento que os legisladores e governantes conferiram ao princípio da publicidade na história possui nuances e caracteres extremamente divergentes em diversos lugares e épocas.

Como aferir se uma determinada informação trata-se de assunto de Segurança Nacional? A divulgação dessas informações ao público é realmente ato de defesa do interesse comum? Ou, pelo contrário, a manutenção em segredo da informação é meio de garantir a paz social?

Essas discussões, em dias atuais, assemelham-se aos debates acerca do segredo das mais diversas operações policiais, por exemplo, cuja ocultação é necessária para garantir o sucesso do combate à ilegalidade.

Sob diferente enfoque, a manutenção em segredo de cataclismos é de fato ato omissivo absolutamente refutável. Cabe ao Estado proteger seus cidadãos e, diante da impossibilidade de fazê-lo, alertar as pessoas para que promovam sua própria defesa.

Além disso, outro exemplo são as operações sigilosas realizadas dentro dos Estados, porém com reflexos internacionais. Casos clássicos são a fabricação de bombas atômicas e demais instrumentos bélicos cuja realização é feita sob absoluto segredo, inclusive durante longos períodos.

Aliás, não se pode olvidar da manutenção em segredo de registros históricos de organismos sociais antigos e de repercussão colossal, ligados à momentos ímpares do passado. Em âmbito nacional, por exemplo, a ocultação de registros da ditadura; em âmbito mundial, a omissão de registros do regime nazista ou semelhantes, e da Inquisição da Igreja Católica.

A Teoria do Segredo de Estado faz lembrar, por exemplo, os períodos em que os cristãos eram proibidos de ler a Bíblia, sob o argumento de que sua leitura faria criar um espírito organizacional e talvez anarquista na sociedade da época.

Ademais, a título de exemplificação, veja-se algumas regras emitidas por Hitler para seu partido em maio de 1939, extraídas da obra

de Arendt:

Hitler examinou os princípios das sociedades secretas como corretos modelos para a sua própria. Ele promulgou em maio de 1939 algumas regras do seu partido: primeira regra: ninguém que não tenha necessidade de ser informado deve receber informação. Segunda: ninguém deve saber mais do que o necessário. Terceira: ninguém deve saber algo antes do necessário. (ARENDT, 1962, p. 268)

Assim guardadas as devidas proporções, tais comportamentos ocorrem até hoje, quando os governantes não tornam públicas todas as suas atividades.

Embora possa parecer, sob um olhar perfunctório, que a tese ora discutida é distante do estágio contemporâneo, muitas coisas ainda são mantidas secretas para a população.

É notório que muito se evoluiu, inclusive em nível de Brasil. A legislação se mostra cada vez mais restritiva e a fiscalização, pelo que consta, demonstra funcionalidade nos últimos anos. Mesmo assim muito há que ser feito.

Atualmente, a mídia possui um poderio amplo de divulgação de informações e difunde ideologias à população. Porém, mesmo assim, a influência da imprensa da vida política do país redundava na necessidade dos dirigentes em organizarem-se de modo a demonstrar a probidade em seus atos.

Não se pode negar a proteção a jornalistas, publicitários e profissionais da área que foi conferida após muitos anos de opressão, o que é reflexo da evolução social no que tange à publicidade das ações governamentais.

Todavia, a publicidade é direito de cada indivíduo e também da coletividade, e prepondera em todos os âmbitos da atividade administrativa.

O Princípio da Publicidade possui como fator principal, o objetivo divulgar as ações realizadas pela Administração Pública em favor do interesse social, em outras palavras, *traduz a ideia de função pública, enquanto exercício de atividades em nome do interesse público.*

Constitui-se em importante meio de controle para a sociedade, principalmente das ações realizadas por seus agentes políticos e públicos, uma vez que, por meio de transparência na gestão estar-se-á promovendo um aspecto amplamente valorizado principalmente nas instituições privadas aonde haverá maior qualidade na formação da

opinião de cada cidadão.

O tema acerca da função e do papel que representam os princípios constitucionais administrativos numa perspectiva emancipadora provoca reflexões muito atrativas e sem sombra de dúvidas requer uma pesquisa mais elaborada.

Reale, por sua vez, buscando conceituar os princípios, os denomina da seguinte forma:

São, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. (REALE, 2000, p. 60)

Para Rocha “no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema ordenado”. (ROCHA, 1994, p. 21)

Ainda, segundo esse entendimento, transportando os princípios para o ramo da ciência jurídica, constituem os valores formulados e aplicados no meio social, absorvidos pelo Direito, como base do sistema, devendo ser observados dentro da estrutura do Estado.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 37, preceitua que a Administração Pública, tanto a direta como indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados-Membro, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios da *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*, mas certamente, não só esses, como preleciona Mukai. Ao regime jurídico-administrativo, ainda que implicitamente, a Constituição Federal acrescentou os princípios da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público. (MUKAI, 1997).

O questionamento existente em matéria jurídica a respeito do princípio da publicidade supõe que a apreensão de seu sentido e extensão sejam claros, ou, ao menos, facilmente perceptíveis pelo intérprete.

Numa exegese preliminar, verifica-se em sede doutrinária os seguintes desdobramentos:

De seu lado, Silva diz que:

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. (SILVA,

2000, p. 653)

Com propriedade, leciona Meirelles:

Enfim, a publicidade, como princípio da Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto da divulgação oficial de seus atos, como também de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. (MEIRELLES, 2006, p. 654)

Outrossim, Moraes toma posição semelhante, afirmando que o princípio é respeitado quando os atos da administração são inseridos no Diário Oficial do ente respectivo. (MORAES, 1999)

A seu turno, Carvalho Filho disciplina:

Ao princípio da publicidade devem submeter-se todas as pessoas administrativas, quer as que constituem as próprias pessoas estatais, quer aquelas outras que, mesmo sendo privadas, integram o quadro da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 181)

Carvalho relembra em breves linhas que o princípio da publicidade está intimamente associado ao da impessoalidade, como demonstra o § 1º do mesmo artigo 37 da Carta Magna.

Di Pietro (1997, p. 68), a seu turno, ressalta a importância do asseguramento, pelo dispositivo constitucional, do direito de informação do cidadão (com base no art. 5º, incisos XIV e XXXIII, da CF/88), não só em face de interesse particular, mas, igualmente em face dos interesses coletivos ou gerais, de modo a operar uma forma mais eficiente de controle popular da Administração Pública. (DI PIETRO, 1997). Na mesma linha de raciocínio leciona Mello. (1994).

Outrossim, Figueiredo acrescenta aos argumentos já expostos pelos citados autores, a realização, por meio do respeito ao princípio da publicidade, da isonomia. Mas, ampliando o horizonte de incidência do princípio enfocado, os autores acima entendem o princípio da publicidade como um princípio mais geral do Direito e não meramente de direito administrativo. (FIGUEREDO, 1999)

De um lado, tem-se que aqueles que sustentam o princípio da publicidade somente em âmbito administrativo, como elemento essencial de controle da Administração Pública, formam um núcleo mais ou menos coeso, ao passo que por outra corrente, verifica-se no referido

princípio um campo de aplicação bem mais largo (amplitude de incidência), chegando a nutrir a afirmação de que é ele um princípio geral de direito.

Não se pode olvidar o próprio sentido de República advém do vocábulo "*Res*" e "*publica*", isto é, *coisa pública*, coisa de todos.

Assim, sabendo-se que a república é uma forma de estado em que, atualmente, a democracia deve prevalecer como forma de governo, vislumbra-se uma relação íntima entre a democracia e a publicidade. Suscitado entendimento não vem desacompanhado do apoio de grandes nomes, como Bobbio (1994).

Levar ao conhecimento de todos, isto é, publicar, é tornar público o próprio conhecimento público, mas também tornar claro e compreensível ao público.

Enfim, imprescindível fazer com que a noção de publicidade cumpra o papel essencial de verdadeiramente informar o público, ou seja, a sociedade em geral do que acontece no interior e exterior das paredes dos poderes da república.

Constitucionalmente prevista está a publicidade administrativa enquanto princípio de ordem natural de nossa república, senão dizer ora como princípio, ora como bem jurídico, em diversas passagens.

Previsto expressamente no art. 5º, inciso LX - "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem") -, a Constituição é explícita, embora de forma indireta, em enunciar o princípio geral de que "todos os atos deverão ser públicos", condicionando severamente as exceções, sempre em lei expressa, aos casos de possível afronta ao direito de privacidade ou interesse social, aquele que prevalece sobre o individual, pelo princípio da solidariedade.

O artigo 5º, por sua vez, em seu inciso X, destaca especificamente o direito de privacidade, asseverando que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Verifica-se nesse porém, a proteção de um bem jurídico relevante para o constituinte originário, qual seja, a dignidade da pessoa humana enquanto direito fundamental de primeira dimensão.

Assim, consta-se que, por um lado, para a Administração Pública a regra é a publicidade, somente excepcionável por lei; por outro, diverso do primeiro, ao denominado particular a regra é oposta, isto é, não se permite publicar a vida privada das pessoas, não sendo esta regra excepcionável por qualquer lei ou outro ato normativo, não concedendo

margens as exceções.

Ademais, no que se refere ao acesso das informações públicas e particulares, por sua vez, Di Pietro afirma que o *habeas data* é o remédio constitucional para promover a publicidade tanto dos atos de governo e administrativos, quanto das informações privadas e íntimas do cidadão em poder do Estado. (DI PIETRO, 1997)

Esta última publicidade, no entanto, restringe-se à informações de interesse do próprio requerente, enquanto a primeira tem como conteúdo dados de interesse coletivo.

Em situações como essa, a requisição de dados de interesse coletivo por meio do *habeas data* seria a exceção, pois estamos diante da proteção do conteúdo da informação, sem tanto se preocupar com a formalidade em si.

Já se os dados forem privados, somente ao particular interessam, e mereceram a tutela máxima do legislador constituinte.

O ponto crítico da questão é justamente esse, pois o constituinte preocupa-se em resguardar o conteúdo de determinadas informações (segredos de estado), sob a mera e singela alegação de que se a público vierem, podem causar consideráveis danos à pessoa, tanto morais como materiais.

Compreende-se que por estar o princípio da publicidade inserido no texto constitucional como pilar indispensável para o controle dos atos públicos por parte dos administrados e cidadãos em geral, todo e qualquer ato material de gerenciamento da coisa pública é possível de ser visualizado.

Vieira discorrendo sobre o princípio democrático constitucional, aponta que:

[...] Assim, os únicos limites que se admitiriam às decisões dos representantes do povo seriam aqueles destinados a assegurar a perpetuação da participação de todos, e, em igualdade de condições, no processo de decisão democrática. (VIEIRA, 2002, p. 29)

Compreende-se, por outro prisma, que a Carta Magna não impede uma interpretação sistemática que resulte na clara obrigatoriedade de publicidade de seus atos, pela simples razão de que seus atos são públicos eis que onde a Constituição não nega ou limita um princípio constitucional (publicidade), não se pode interpretar restritivamente a aplicação do preceito.

Somente para caracterizar ainda mais a preocupação do legislador

ao prever constitucionalmente a publicidade dos atos, em complementação necessário também levar em consideração o que dispôs a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, em especial em seu art. 11, ao tratar minuciosamente acerca da forma de elaboração de disposições normativas.¹³

Ante a mera leitura do dispositivo supracitado, constata-se a preocupação do legislador em estabelecer regras claras que favoreçam a compreensão, por parte dos operadores do Direito e também da sociedade, a respeito das leis que afetarão direta ou indiretamente suas vidas.

Outrossim, diversos outros dispositivos da própria Constituição reafirmam direta e indiretamente a obrigação de respeito ao princípio da publicidade, dentre eles o inciso XXXIII do artigo 5º.¹⁴

13

Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas:

I - para a obtenção de clareza:

a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando;

b) usar frases curtas e concisas;

c) construir as orações na ordem direta evitando preciosismo, neologismo adjetivações dispensáveis;

d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente;

e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico;

II - para a obtenção de precisão:

a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma;

b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico;

c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto;

d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais;

e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado;

f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais;

III - para a obtenção de ordem lógica:

a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei;

b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio;

c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida;

d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

14

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, sob pena de

Segundo Moreira Neto (2001, p. 202), é imprescindível a participação política do cidadão, como fenômeno de poder para dar legitimidade ao exercício do poder pelos governantes.

Refere-se que exemplo dessa participação se dá pela atuação, mais ou menos formal, de indivíduos ou grupos na ação do Estado na audiência pública (*right of a fair hearing*).

Por tratar-se de um processo legitimante, sabe-se que este processo somente é possível por meio da publicidade ampla dos atos públicos que afetem os cidadãos, mas aqui, publicidade antecedente à edição do ato, para que os cidadãos afetados possam se manifestar.

Partindo destas concepções fáticas, a compreensão do papel e a função de uma interpretação principiológica como meio na efetividade e eficácia dos dispositivos constitucionais acerca do regime jurídico-administrativo, no caso em tela, o que trata da publicidade administrativa, é de suma importância.

Esse princípio, no Brasil, está garantido na Constituição, porém sua análise vai muito além do dispositivo constitucional no qual está inserido.

A efetividade do princípio da publicidade foi e ainda é assunto de grandes debates entre sociólogos e demais estudiosos de diversos períodos da história.

O acesso a toda e qualquer informação da sociedade cria elementos de grande complexidade. Para sua análise, em suma, parte-se de dois fatores preponderantes: o primeiro, concernente à compreensão da publicidade como requisito elementar da Democracia, e, portanto, do Estado Constitucional de Direito, que prima pelos ideários democráticos; e o segundo, no sentido da necessidade de manutenção de certas informações em segredo, com a finalidade precípua de garantir o poder estatal e o interesse da coletividade.

Em outros períodos históricos, sugere-se que a manutenção de segredos no Estado, ou seja, a ausência completa de Publicidade, fora elemento garantidor da manutenção do poder nas mãos dos governantes e, portanto, a continuidade da civilização.

Porém, a discussão, nos dias atuais, tem por escopo a ideologia de que, ao menos na literalidade de um regime democrático, os dirigentes sociais são somente representantes da sociedade, defensores dos interesses e anseios do povo. Com base nessa premissa, é inequívoco que a prestação de toda e qualquer informação aos cidadãos é basilar

para a existência da própria sociedade.

Em suma, pode-se dizer que Administração Pública possui como uma de suas atribuições, a manutenção da transparência de seus atos.

Meirelles assegura que:

A publicidade, como princípio da Administração Pública (CF, art. 37, caput), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos como, também, de propiciação de conhecimento da conduta interna de seus agentes. Essa publicidade atinge, assim, os atos concluídos e em formação, os processos em andamento, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas submetidas aos órgãos competentes. Tudo isto é papel ou documento público que pode ser examinado na repartição por qualquer interessado, e dele pode obter certidão ou fotocópia autenticada para fins constitucionais. (MEIRELLES, 2004, p. 112)

A demonstração do princípio da publicidade está na ampla divulgação dos atos da Administração, porém, segundo Silva, a publicidade não é pressuposto para a formação do ato:

Não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para que sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige. (SILVA, 2006, p. 670)

Ainda, destaca o autor:

O Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. (SILVA, 2006, p.336).

Alguns atos da Administração estão efetivamente sendo comunicados à sociedade, até mesmo pela imposição de alguns dispositivos legais, como é o caso das licitações ou dos concursos públicos, entretanto, outros, sob a égide de serem segredos de estado

permanecem as escuras do conhecimento da sociedade, tudo isso, diga-se, sob o enfoque trazido pela velha interpretação do princípio da supremacia do interesse público, que como anteriormente já visto, encontra-se relativizado em razão de uma nova hermenêutica constitucional, consolidada pelos postulados da proporcionalidade ao caso concreto, bem como pela aplicação dos direitos e garantias fundamentais estatuídos na Constituição do Brasil de 1988, que enfim cotejam a mais alta carga axiológica representativa da sociedade, para qual continuam sendo vedados o conhecimento de determinadas situações jurídicas e fáticas ocorridas em fases pretéritas e atuais.

É consabido que em suas origens, o postulado da publicidade no Estado Brasileiro teve criação mediante uma reivindicação social geral, pois durante a Revolução de 1964, o Brasil sofreu enormemente com os ditos Atos Institucionais, que geraram farta documentação secreta.

Foi com a finalidade de combater a perpetuação deste comportamento que a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio da publicidade em seu art. 37, como uma luz sobre os atos secretos do governo, possibilitando então ao cidadão “levantar o véu” e observar o que realmente era decidido e implementado na esfera governamental.

Em consonância com esse entendimento, Mello reivindica que:

Não pode haver um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida. (MELLO, 2006, p. 110)

Discorre o Ministro Carlos Britto sobre o princípio da publicidade:

Quanto ao princípio da publicidade, não é demais lembrar que ‘a maior parte dos institutos do Direito Administrativo buscam um equilíbrio entre de um lado as prerrogativas da Administração Pública e, de outro lado, os direitos do cidadão. E não só o controle judicial, mas inúmeras garantias são previstas em benefício do cidadão’. Aliás, o direito à publicidade, ainda que não expresso na lei, (*sic*) é farol que guia os atos processuais do administrador público ao porto da legalidade, desviando-o dos vícios, no mar das

relações jurídicas.¹⁵ (RE 349016/RR)

Apesar de todos esses fundamentos, em que pese haja consciência dominante na doutrina no sentido de coibir ofensas ao direito de informação do indivíduo, mormente em razão de sua previsão constitucional estatuída no rol do art. 5º (inciso XXXIII), o que, por via de consequência, o qualifica como norma de aplicabilidade imediata, sua eficácia de fato por vezes parece restringível, ante às exceções perceptíveis quando de sua aplicação, especificadamente em hipóteses já denominadas acima, como segredos de justiça.

Por tudo o que já foi explicitado, no atual Estado Constitucional de Direito, o certo é que mesmo em tais exceções, quando ofende-se o princípio da publicidade, fere-se, ainda que formalmente, o direito fundamental à informação.

Ressalta-se que não somente este direito está sendo ofendido, mas também o próprio interesse público é ameaçado por cada ato praticado sem publicação ou em segredo de estado, pois, levando-se em consideração que a Administração não possui interesses pessoais, impõem-se o dever de transparência.

Ademais, o princípio da publicidade não se satisfaz unicamente com a pura exteriorização dos atos administrativos. Uma vez configurado como direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à informação impede que a Administração aja de maneira a ocultar seus atos dos administrados.

A par disso, o contato do governante com os cidadãos é consequência irrefutável da evolução humana, que exige daqueles mais do que um governo simplório de controle e organização, mas também uma administração proba e pública, o que só pode ser alcançado com a publicidade de todos os atos praticados em favor do interesse público.

Aliás, de uma maneira específica, nos dias atuais, mais precisamente na legislação alienígena, podemos citar diversos exemplares de aplicabilidade legislativa do princípio da publicidade.

Por primeiro, cita-se a Lei de Liberdade de Informação dos Estados Unidos da América – Freedom of Information Act (FOIA), que entrou em vigor no ano de 1967. Essa norma representa a aplicação da liberdade de informação norte americana. Ademais, o Presidente dos Estados Unidos da América assinou, em 31 de dezembro de 2007, a Lei

¹⁵ BRASIL. STF. 349016 RR , Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 30/11/2009, Data de Publicação: 17/12/2009.

nº 110-175 - "Open Government Act of 2007"¹⁶, que alterou o estatuto federal.

Em resumo, esta lei permite a divulgação de informações inéditas de documentos anteriormente controlados pelo Governo, além de definir formas e procedimentos concernentes ao registro e divulgação das informações.

Em dado momento da história o povo americano buscou legitimação de seu direito constitucional de liberdade de informação.

Nesse contexto é que surgiram problemas e divergências, especialmente nas isenções para solicitação de informações, motivo pelo qual foram criadas nove isenções para sensibilidade e direitos pessoais.

No Brasil, por sua vez as manifestações legislativas concernentes ao princípio da publicidade baseiam-se na Lei nº 8.159/1991, no Decreto nº 4.553/2002 e na Lei nº 11.111/05.

A Lei nº 8.159, de 08 de janeiro de 1991, dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências.

Em verdade, essa Lei representa um marco jurídico de importância para o país, viabilizando a implementação de políticas arquivísticas, tendo criado o Conselho Nacional de Arquivos – CONARQ, reafirmando princípios constitucionais no que se refere à obrigação do Estado de promover a gestão de documentos e a difusão da informação governamental.

Nota-se uma demonstração específica do princípio da publicidade, especialmente nos seguintes artigos:

Art. 4º Todos têm Direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

(...)

Art. 22. É assegurado o Direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos.

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em

16

“Lei do Governo Aberto de 2007”.

risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.

Seguindo a Lei de Arquivos, o Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002, após alterações do Presidente Fernando Henrique Cardoso, trouxe alguns caracteres de suma importância no presente estudo, passando a disciplinar o que é considerado “sigiloso” para República Brasileira. Importante elencarmos alguns de seus artigos relacionados ao presente estudo:

Art. 2º São considerados originariamente sigilosos, e serão como tal classificados, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito ou divulgação possa acarretar qualquer risco à segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

(...)

Art. 5º Os dados ou informações sigilosos serão classificados em ultra-secretos, secretos, confidenciais e reservados, em razão do seu teor ou dos seus elementos intrínsecos.

(...)

Art. 37. O acesso a dados ou informações sigilosos em órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público é admitido:

I - ao agente público, no exercício de cargo, função, emprego ou atividade pública, que tenham necessidade de conhecê-los; e

II - ao cidadão, naquilo que diga respeito à sua pessoa, ao seu interesse particular ou do interesse coletivo ou geral, mediante requerimento ao órgão ou entidade competente.

Também importante transcrever disposição constante da Lei nº 11.111, de 05 de maio de 2005, que regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 2º O acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça

imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII do caput do artigo 5º da Constituição Federal.

Além disso, imprescindível destacar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 41/2010, de Acesso à Informação nos Órgãos Central, Setoriais e Seccionais do SIGA (Sistema de Gestão de Documentos de Arquivo), que tem como objetivos:

- Garantir o acesso à informação e a documentos públicos;
- Estabelecer procedimentos administrativos;
- Estabelecer responsabilidades para os agentes Públicos;
- Estabelecer regras para o sigilo;
- Criar a Comissão Mista de Reavaliação de Informações.

Aliás, importante citar o artigo 9º do mencionado projeto, que propõe de que:

Art. 9º O acesso a informações públicas será assegurado mediante:

I - criação de serviço de informações ao cidadão, nos órgãos e entidades do poder público, em local com condições apropriadas para:

- a) atender e orientar o público quanto ao acesso a informações;
- b) informar sobre a tramitação de documentos nas suas respectivas unidades;
- c) protocolizar documentos e requerimentos de acesso a informações; e

II - realização de audiências ou consultas públicas, incentivo à participação popular ou a outras formas de divulgação”.

Aliás, no corrente ano, vêm ocorrendo diversas especulações no que diz respeito à Medida Provisória 527/11, aprovada pela Câmara dos Deputados no dia 16 de junho. O texto foi mantido no Senado e, depois de sancionado, entrou em vigor na forma da Lei 12.464, de 05 de agosto de 2011 (em anexo).

Originalmente, a MP tratava da criação da Secretaria de Aviação

Civil, e sobre esse tema não houve mudanças, ocorre que, além disso, veio a criar regras específicas para acelerar licitações de obras e serviços relacionados às Copas das Confederações (2013) e do Mundo (2014) e à Olimpíada e Paraolimpíada (2016).¹⁷

Porém, tal medida vem sendo demasiadamente criticada, pois diminui, sem qualquer motivo, a transparência das licitações.

Foi incluída na legislação mencionada a criação do RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) que é o processo de contratação integrada, que possibilita à empresa vencedora da licitação realizar desde o projeto básico até a entrega da obra pronta, passando pela elaboração do projeto executivo.

Dessa feita, não haverá um projeto básico no momento da contratação, e sim um anteprojeto de engenharia destinado a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, com uma visão global dos investimentos. A seleção, assim, poderá ser feita por meio de pregão eletrônico, o que dá mais celeridade ao procedimento, porém retira a possibilidade de maior fiscalização.

Diante disso e de outras irregularidade, a medida sofre de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4655¹⁸, em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal, ainda pendente de julgamento.

Assim, em verdade, as obras e serviços serão contratados sem que previamente se tenha definido, de forma clara, o seu objetivo. Tal fato compromete o princípio de isonomia entre os concorrentes, e acaba por afetar o princípio da publicidade administrativa. Com o regime diferenciado, (diferentemente do que preceitua a Lei 8.666/93, que impõe a necessidade de demonstrar um preço de referência antes de promover o certame), o governo poderá manter em sigilo o preço que estima para a obra. Não há maior ofensa ao princípio da publicidade, senão impedir o acesso à quantia e à destinação de verba pública.

A promulgação dessa lei demonstra, assim, que ainda há muito que se fazer a nível nacional em matéria de publicidade dos atos administrativos.

¹⁷ Informações contidas no sítio da Câmara dos Deputados do Brasil - www2.camara.gov.br.

¹⁸ ADI promovida pelo Procurador Geral da República Roberto Gurgel, em data de 09/09/2011, disponível no sítio do Supremo Tribunal Federal – www.Stj.jus.br

Ainda em segredo, há investigações de que vários países do mundo, incluindo o Brasil, mantém programas nucleares, pesquisas com bombas atômicas, métodos de enriquecimento do urânio, etc. São fatos que vêm a tona após anos de estudos, muitas vezes financiados pelos próprios governos, porém cujo debate possui pouca força, pela sua própria natureza, não sendo objeto do presente estudo aprofundar os conhecimentos acerca disso.¹⁹

Importa, por ora, ressaltar de que é evidente que o assunto ‘sigilo *versus* publicidade’ vem sendo tratado pela legislação brasileira nos últimos tempos, com reflexos positivos no sentido organizacional e estrutural do sistema.

Alguns avanços têm ocorrido no cenário nacional, como a criação do Portal da Transparência²⁰, que visa dar maior publicidade aos atos executados pelos governantes, especialmente acerca da utilização e destinação de verbas públicas.

¹⁹ Na rede da internet, é possível encontrar inúmeros artigos que asseveram que o Brasil há vários anos faz pesquisas nucleares de grande monta. A título de exemplificação, extrai-se de artigo do “Nuctec” – Nuclear Tecnologia e Consultoria, com sede em Minas Gerais/SC, de um artigo intitulado *O Submarino Nuclear a e Bom Atômica* “que “[...] Todos esses dados indicavam claramente que o Projeto Aramar estava perseguindo a idéia da Bomba Atômica impetuosamente. Conforme publicado pelo jornal *O Estado de São Paulo*, “a arma nuclear estratégica principal do Brasil seria um artefato de 20 a 30 quilotons (quatro a seis vezes mais poderoso do que o usado em Hiroshima), feito com plutônio e lançado por um imenso míssil de 16 metros de altura, 40 toneladas de peso, classe MRBM (Medium Range Ballistic Missile), capaz de cobrir cerca de 3 mil quilômetros transportando uma ogiva de guerra de mais de uma tonelada. É a versão militar do VLS/Veículo Lançador de Satélite, que o Instituto de Atividades Espaciais, de São José dos Campos, prepara...” Esta notícia jamais foi confirmada pelos militares. Mas também nunca foi desmentida. Mais importante que esses dados reveladores, era o fato de que os mais altos escalões das Forças Armadas eram favoráveis publicamente à bomba. Apesar de tudo isso, em nenhum momento os militares se expressaram com relação a este assunto. Em 1991, durante o governo Collor foram fechadas todas as instalações da Serra do Cachimbo, e o Complexo Aramar continua a existir com limitados recursos financeiros encaminhados pela Marinha. Aparentemente, com o fim do governo militar, toda a busca pelo poderio bélico que a tecnologia nuclear poderia trazer foi cessada. Ainda assim, aparentemente”. Artigo Disponível em: <http://www.nuctec.com.br/educacional/submarino.html> Acessado em 01/11/2011.

²⁰ O Portal da Transparência do Governo Federal é uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU), lançada em novembro de 2004, para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos. O objetivo é aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar. O Governo brasileiro acredita que a transparência é o melhor antídoto contra corrupção, dado que ela é mais um mecanismo indutor de que os gestores públicos ajam com responsabilidade e permite que a sociedade, com informações, colabore com o controle das ações de seus governantes, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam. Disponível: <http://www.portaltransparencia.gov.br/>

Ao ver de muitos, diante do postulado da proporcionalidade, princípio este implícito de nossa Constituição Federal de 1988, não há dúvidas que no confronto do princípio da publicidade frente a interesses particulares ou estatais, o bem maior tutelado é o acesso à informação, posto que também consagrado no texto constitucional como inerente ao Estado Democrático de Direito, devendo assim ser cautelosamente analisado.

Registra-se, entretanto, que em sentido contrário ecoa o discurso de que se por um lado existe previsão constitucional que garante à todo indivíduo e à sociedade em geral o acesso à informação, em especial de interesse público, por outro apresentam-se limitações impostas pela legislação infraconstitucional, referentes ao mesmo acesso, especificadamente sob a justificativa de que, por tratarem-se de assuntos de interesse de segurança do Estado ou da sociedade, não podem ser revelados ao meio social.

Ocorre que, por oportuno, cumpre destacar novamente que a sociedade atual constitui-se num Estado Constitucional de Direito, e este, por sua vez, traduz o Estado Democrático de Direito. Ambos se completam, posto que o primeiro é meio garantidor do segundo.

Como já foi dito alhures, a Democracia é um meio de instrumentalização de valores sociais, selecionados da própria convivência humana e traduzidos nos Direitos e anseios fundamentais do ser humano em uma sociedade.

A propósito, cita-se Bobbio:

Convém recordar que o sistema representativo em um Estado puro nunca existiu. Excluindo a Inglaterra, o regime parlamentar nos outros países foi instituído a partir do exterior, em estados com aparelhos administrativos centralizados e centralizadores fortemente desenvolvidos. Aquilo que nós, para resumir, chamamos Estado representativo teve sempre que se confrontar com o Estado administrativo, que é um Estado que obedece a uma lógica de poder completamente diferente, descendente e não ascendente, secreta e não pública, hierarquizada e não autônoma, pendente ao imobilismo e não dinâmica, conservadora e não inovadora etc. - grifo acrescentado. (BOBBIO, 1983, p. 72)

Bobbio compreende que a afirmação da democracia consolida-se com um governo totalmente visto pela sociedade e que a democracia é

exatamente o governo do poder público em público.

Segundo Silva, em linhas gerais a democracia é “um processo de afirmação do povo e de garantia dos Direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história”. (SILVA, 2006)

Partindo dessa perspectiva, indevida é a conformação com o descumprimento de um princípio constitucionalmente garantido, como da Publicidade, o qual condiz com a publicização dos atos governamentais e o acesso à informação, enquanto pilar do exercício da cidadania, ponte intransponível para o verdadeiro exercício da democracia.

Nesse sentir é a ideologia de que a disposição das informações de maneira plena e ampla ao povo é razão e justificação do próprio Estado e meio de afirmação da Democracia.

Silva demonstra ainda que a liberdade de informação e a concessão de toda e qualquer informação a população é um Direito do povo (direito fundamental) e um dever do governante (garantia constitucional positiva primária).

Se assim não for, certo é que o governante tornar-se-á um déspota instituído de poder absoluto, podendo conhecer tudo e nada revelar aos demais, mantendo-se assim em nível de superioridade mediante aqueles que o elegeram representante da classe. (SILVA, 2006)

O paradoxo é colossal e difícil precisar até que ponto a população se conterà mediante o conhecimento de informações que, a seu ver, não beneficiam a toda a sociedade. Isso porque, em grande maioria, as pessoas preocupam-se com seus interesses individuais e não têm uma visão ampla de bem comum e coletivo, que deve pertencer ao governante.

Mesmo assim, manter uma sociedade Democrática em um Estado pautado em uma Constituição com omissão ou inverdades ao povo são dois aspectos naturalmente conflitantes.

Segundo Almino:

Só a prática política poderá fazer o segredo de Estado desvendar-se ante o Direito à informação. O sujeito do Direito à informação é o cidadão. (...) O Direito à informação, seja exercido pelo jornalista ou por qualquer cidadão, não deve sofrer formalmente restrições de qualquer natureza, embora na prática possa curvar-se ante o segredo empiricamente aceito como legítimo. (ALMINO, 1983, p. 117)

Almino descreve que a manutenção de segredos retira o governo

da vigilância dos cidadãos limitando o questionamento de ações a poucos.

Assim, não se pode dizer que o governante apresenta-se inteiramente ético e moral diante de seu povo se utiliza de inverdades, omissões e segredos para manter o poder, ou para utopicamente defender os próprios integrantes de seu Estado.

Não há, pois, como estabelecer-se uma margem limitadora entre a ausência da publicidade e o Absolutismo.

Para finalizar, indispensável trazermos enunciado de Diderot, que pontifica:

Não existe verdadeiro soberano a não ser a nação; não pode existir verdadeiro legislador, a não ser o povo; é raro que o povo se submeta sinceramente a leis que lhes são impostas; ele as amará, as respeitará, obedecerá, as defenderá como sua obra própria se é delas o autor [...] A primeira linha de um código bem feito deve ligar o soberano; ele deve começar assim: Nós, o povo, e nós, soberano desse povo, juramos conjuntamente essas leis pelas quais seremos igualmente julgados; e se ocorrer a nós, soberano, a intenção de mudá-las ou infringi-las, como inimigo de nosso povo, é justo que ele seja o nosso, que ele seja desligado do juramento de fidelidade, que ele nos processe, nos deponha e mesmo nos condene à morte se o caso exige; esta é a primeira lei de nosso código.(DIDEROT, T. III, p. 507).

Portanto, a Publicidade é, pois, meio de reivindicação de uma prática política norteada na moralidade dos governantes e, portanto, de emancipação da própria Democracia.

Apesar de crescer paulatinamente, esse debate deve desenvolver-se com o fim precípua de conferir eficácia aos Direitos sociais garantidos pelo Estado Constitucional de Direito, haja vista que a democracia emerge justamente da conscientização do administrador público em assegurar os Direitos e garantias constitucionais, bem como de aplicá-los, de modo imediato, a fim de promover justiça e igualdade.

CONCLUSÃO

Chegando ao término do presente trabalho, constata-se que o confronto entre o princípio da publicidade e o segredo do estado constitui tema controverso, distante de pacificação.

Após o estudo do Estado Constitucional e Democrático de Direito, dos Princípios da Administração Pública, especialmente o da Publicidade e os impasses atuais decorrentes do Segredo do Estado, restou demonstrada a grande celeuma que paira acerca da inobservância de um dos mais importantes princípios constitucionais da Administração Pública, pelo próprio Poder Público: o Princípio da Publicidade; especificadamente quando em afronta a situações caracterizadas como de interesse da segurança pública. Tal sigilo excepcional de informações pela Administração designa-se Segredo de Estado.

Trata-se de uma discussão acerca da limitação de informações à sociedade e aos indivíduos que a compõem, sobre a qual existem várias concepções de diversos autores, pois, enquanto para alguns, a transparência ampla da realidade à população pode não ser meio efetivo de proteção da sociedade, em contrapartida, para outros, fornecer uma informação com uma margem de inverdade ou omissão pode ser ato justificado para a defesa e manutenção dos interesses da coletividade.

Enquanto que para muitos autores a manutenção em segredo de algumas informações faz parte da sociedade e a omissão deve-se à própria defesa da coletividade, para outros, a transparência é requisito basilar da Democracia e, portanto, não se pode falar em Estado Democrático de Direito, sem ampla e plena publicidade.

O tema analisado, pois, centrou-se na aplicabilidade do Princípio da Publicidade no Estado Constitucional de Direito, frente ao sigilo das informações de interesse público.

Esse princípio, no Brasil, está garantido na Constituição Federal de 1988, porém sua análise vai muito além do dispositivo constitucional no qual está inserido. O acesso a toda e qualquer informação da sociedade cria elementos de grande complexidade. Para sua análise, em suma, partimos de dois fatores preponderantes: o primeiro, concernente à compreensão da publicidade como requisito elementar da Democracia, e, portanto, do Estado Constitucional de Direito, que prima pelos ideários democráticos; e o segundo, no sentido da necessidade de manutenção de certas informações em segredo, com a finalidade precípua de garantir o poder estatal e o interesse da coletividade.

A discussão deve partir, nos dias atuais, da ideologia de que, ao

menos na literalidade de um regime democrático, os dirigentes sociais são somente representantes da sociedade, defensores dos interesses e anseios do povo. Partindo dessa premissa, é inequívoco que a prestação de toda e qualquer informação aos cidadãos é basilar para a existência da própria sociedade.

Em outros períodos históricos, sugeriu-se que a manutenção de segredos no Estado, ou seja, a ausência completa da Publicidade, fora elemento garantidor da manutenção do poder nas mãos dos governantes e, portanto, a continuidade da civilização.

A discussão cerne da presente pesquisa possui estrita relação com a realidade atual, em identificar em quais situações, ou até mesmo se em alguma oportunidade nosso ordenamento constitucional e legal ainda admite a inferência do segredo de Estado.

O Estado de Direito, como sabido, tem sua consagração com a afirmação do princípio da legalidade, que serviu, desde o princípio, como limitador do poder dos soberanos, a partir do avanço paulatino do movimento para criação de um Estado Liberal, pautado nos direitos de liberdade, igualdade, fraternidade e outros princípios defensores dos direitos fundamentais do ser humano.

Com o tempo, especialmente em torno do século XIX, surgiram e gradativamente ganharam força novos ideais, que resultaram no conhecido Estado Social de Direito.

Nesse período, as lutas populares foram crescendo, tanto no sentido de prover o direito de sufrágio a todos e não apenas a uma elite selecionada, quanto no sentido de efetivar de vez o ideário de igualdade. Através de reclamações e discussões entre a população e o Estado foram alcançados direitos sociais que representaram o estopim para a vigência de um regime Democrático, pautado, em especial, na assídua participação popular na formação dos atos governamentais, a fim de prover, como consequência, a igualdade social.

E é nesse contexto que se tornou indispensável a criação de uma lei que efetivamente regulasse esses novos direitos e funcionasse como meio garantidor de sua operacionalização. A partir de então, a Constituição surge como um meio transformador da realidade das pessoas, dando azo ao surgimento do Estado Constitucional de Direito, como meio de implantação do regime democrático propriamente dito, impondo que os meios empregados sejam legitimados em uma norma que confira segurança aos cidadãos, calcado na supremacia da constituição e de seus direitos fundamentais, na consagração do princípio da legalidade e na funcionalização de todos os poderes do Estado à proteção daqueles.

Essa transmutação do caráter conferido à Constituição, agora como força de lei suprema, evidencia a inteligência do princípio da legalidade. Assim, apenas podem ser considerados como Estado de Direito os estados que incorporam diversas regras e ordenações, especialmente relacionadas aos direitos fundamentais da pessoa humana e à limitação do poder estatal, atendendo exigências das massas populares, e criando meios de efetividade dos dispositivos constitucionais.

Mesmo assim, é evidente que a descrição de qualquer direito, de maneira geral e abstrata em uma legislação, tal como fora feita em outros séculos, não é suficiente para a efetivação dos direitos almejados pela democracia. Apresenta-se, então, a principal função do Estado Constitucional de Direito, pois este, mais do que apenas transcrever os anseios sociais em uma ordem normativa, tem a função de concretizar, na prática, os direitos e deveres delineados na norma.

Assim, pode-se tecer considerações no sentido de que o Estado Constitucional de Direito é uma demonstração dos anseios populares ao longo de séculos. É a concessão ao Estado de uma organização que busca, em especial, atender aos direitos e garantias fundamentais do ser humano, a prover uma limitação ao poder atuante dos governantes e a descrever a funcionalidade do Estado enquanto órgão político institucional pautado em uma ordem jurídica.

Mesmo assim, a consagração de direitos e obrigações na lei não é suficiente para garantir a efetividade de suas disposições. O Estado Constitucional de Direito tem função preponderante: fazer valer, operacionalizar e efetivar os direitos constitucionalmente garantidos.

O principal paradoxo encontrado no tema objeto do presente estudo é o da limitação de informação *versus* a transparência plena e ampla da informação, em um Estado em que a Publicidade vem garantida por disposição Constitucional.

De uma maneira geral, pode-se dizer que desde as primeiras organizações sociais o segredo sempre fez parte da Administração Pública. A ausência de prestação de toda e qualquer informação à população sempre foi foco dos governos em todo o mundo. Não se pode negar que em algumas situações a desinformação fora utilizada em proveito dos próprios governantes, porém em outros casos fora a única forma de manter a população crente em seu soberano.

Esse fenômeno, pois, existe desde as primeiras formações sociais do mundo. Todavia, atualmente a publicidade percebe outra conotação, bem mais ampla e universalizada.

Não é admissível conformar-se com o descumprimento de um

princípio constitucionalmente garantido, como a Publicidade. Nesse sentir é a ideologia de que a disposição das informações de maneira plena e ampla ao povo é razão e justificação do próprio Estado, e meio de afirmação da Democracia.

Manter um Estado Democrático pautado em uma Constituição com omissão ou inverdades é fato naturalmente conflitante. Não se pode dizer que o governante apresenta-se inteiramente ético e moral diante de seu povo se utiliza-se de inverdades para manter o poder. Poder-se-ia dizer, inclusive, que não há como estabelecer-se uma margem limitadora entre a ausência da publicidade e o Absolutismo.

Portanto, a Publicidade é meio de reivindicação de uma prática política norteada na moralidade dos governantes, e, portanto, de emancipação da própria Democracia, o que, sobremaneira, afronta de morte a Teoria do Segredo do Estado e todos que a defendem.

É de destacar, também, que o sigilo da divulgação de informações em prol do interesse público também é preceito previsto constitucionalmente, fato este que causa incomensuráveis interpretações dúbias acerca desse impasse atual.

Percebe-se, entretanto, que a pesquisa ora concluída aponta que a solução para o conflito em questão, que envolve direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, não pode ser apresentada com base na aplicação de critério hierárquico de interpretação. Isso, porque todas as garantias asseguradas pela Carta Magna constituem cláusulas elementares, de modo que não se pode aplicar nenhuma delas à custa ou ao sacrifício de outra.

Assim, diante de eventual conflito, deve-se levar em consideração que nenhuma garantia é absoluta, portanto, é preciso conciliar as normas conflitantes por meio de uma interpretação sistemática da Constituição, através do princípio da proporcionalidade, que visa à harmonização dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMINO, João. **O segredo e a informação**. Ética e Política no Espaço público. São Paulo, Brasiliense, 1986.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro**. São Paulo: Perspectiva, 1972.

_____. **Le système totalitaire**. Trad. Bourget, Ed. Davreu et Lévy, Paris, p. 103. 1972

_____. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARISTÓTELES. **Ética a Nocômaco**. 3 ed. Brasília: UNB, 1992.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. São Paulo: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. “**Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e Controle das Políticas Públicas**”. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>. Acesso em: 15/08/2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**: Notas de Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. “Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito”. JUSNAVIGANDI. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>> Acesso em: 04/11/2010

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. “**O Começo da História. A nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro.**” Disponível em: <http://www.fempaprp.org.br/userfiles/file/texto_principios_constitucionais_barroso.pdf>. Acessado em: 10/07/2011.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BENTHAM, Jeremy. **Fragments Sobre el Gobierno.** Trad. de J.L. Ramos. Madrid: Aguilar, 1973.

BOBBIO, Norberto. **Qual Socialismo? Debate Sobre Uma Alternativa.** Trad. de I. Freazza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

_____. **O Futuro da Democracia - Uma Defesa das Regras do Jogo.** Trad. de M. A. Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito.** São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria das Formas de Governo.** Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Teoría General del Derecho.** Colombia: Editorial Temis S.A. 1999.

_____. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Ciência Política.** 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional.** 25. ed. atual. São

Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Direito administrativo**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. **Temas de política e direito constitucional contemporâneos**. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed., Coimbra, Portugal: Livraria Almedina, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARBONELL, Miguel; GUASTINI, Riccardo. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. São Paulo: Sérgio Fabris, 2002.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. **“Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais.”** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 21/02/2011.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo**: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel; GUASTINI, Riccardo. **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos Atos Administrativos Especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Dos Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Prática do Processo Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Administração Indireta Brasileira**, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

_____. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDEROT, Denis. “*Observations sur l’Instruction de l’Impératrice de Russie aux Députés pour la Confection des Lois*”, in VERSINI, Laurent. **Oeuvres de Diderot**. Paris: Robert Laffont, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Suzanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. As faces da teoria do Direito em tempos de interpretação moral da constituição. São Paulo: Landy, 2006.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006

_____. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**.

Madrid: Trotta, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

_____. **Comentários à Lei Federal de Processo Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. **La teoria del Derecho em tiempos de constitucionalismo**. In: CARBONELL, Miguel; GUASTINI, Riccardo. *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade**: o direito como instrumento de transformação social: a experiências dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GROSSI, Paolo. **Primeira Lição Sobre Direito**. Trad: Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re) invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

IHERING, Rudolf Von. **A Luta pelo Direito**. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Cia das Letras, 1998.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Companhia das Letras: Martins Fontes, 1998.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MALMESBURY, Thomas Hobbes de. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. São Paulo: Martin Claret, 2006. 519 p.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle Concentrado de Constitucionalidade**: Comentários à Lei n. 9.868, de 10.11.1999. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo, Saraiva, 1996.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Constitucional**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da república federativa do Brasil doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade** – Novas Reflexões sobre os Limites e o Controle da Discricionariedade. 4. ed. São Paulo: Forense, 2002.

MUKAI, Toshio. **Concessões, Permissões e Privatizações de Serviços Públicos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito Administrativo Sistematizado**. São Paulo: Saraiva, 1999.

OLIVEIRA JUNIOR, José A. D. **Teoria Jurídica e novos Direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa: observações sobre a lei 8.429/92**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

PEÑA FREIRE, Antônio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PRIETO SANCHÍS, Luis. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da**

Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade.** 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Para uma concepção pós-moderna do direito.** A crítica da razão indolente. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática.** 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

_____. (Org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAUWEN, Regina F.; HRYNIEWICZ, Severo. **O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Construcción.** Trad. de F. Ayala. Madrid: Alianza, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais.** 6. ed. São Paulo: RT, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

TEMER, Michel. **Elementos do direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

VERSINI, Laurent. **Oeuvres de Diderot.** Paris: Robert Laffont, 1995.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremo Tribunal Federal - Jurisprudência Política. 2. ed. São Paulo: Malheiros: 2002.

WEBER, Max. **Ciência e Política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

WOLKMER, Antônio C. **Fundamentos de História do Direito**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

WOLKMER, Antônio C.; LEITE, José Rubens Moretto (orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e Perspectivas: Uma visão Básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Madri: Trotta, 2002.

ANEXOS

ANEXO A - LEI Nº 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 8.159, DE 8 DE JANEIRO DE 1991.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CAPÍTULO I

Disposições Gerais

Art. 1º É dever do Poder Público a gestão documental e a de proteção especial a documentos de arquivos, como instrumento de apoio à administração, à cultura, ao desenvolvimento científico e como elementos de prova e informação.

Art. 2º Consideram-se arquivos, para os fins desta lei, os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos.

Art. 3º Considera-se gestão de documentos o conjunto de procedimentos e operações técnicas à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente.

Art. 4º Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, contidas em documentos de arquivos, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujos sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Art. 5º A Administração Pública franqueará a consulta aos documentos públicos na forma desta lei.

Art. 6º Fica resguardado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação do sigilo, sem prejuízo das ações penal, civil e administrativa.

CAPÍTULO II

Dos Arquivos Públicos

Art. 7º Os arquivos públicos são os conjuntos de documentos produzidos e recebidos, no exercício de suas atividades, por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias.
Regulamento

§ 1º São também públicos os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por instituições de caráter público, por entidades privadas encarregadas da gestão de serviços públicos no exercício de suas atividades.

§ 2º A cessação de atividades de instituições públicas e de caráter público implica o recolhimento de sua documentação à instituição arquivística pública ou a sua transferência à instituição sucessora.

Art. 8º Os documentos públicos são identificados como correntes, intermediários e permanentes.

§ 1º Consideram-se documentos correntes aqueles em curso ou que, mesmo sem movimentação, constituam de consultas freqüentes.

§ 2º Consideram-se documentos intermediários aqueles que, não sendo de uso corrente nos órgãos produtores, por razões de interesse administrativo, aguardam a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente.

§ 3º Consideram-se permanentes os conjuntos de documentos de valor histórico, probatório e informativo que devem ser definitivamente preservados.

Art. 9º A eliminação de documentos produzidos por instituições públicas e de caráter público será realizada mediante autorização da instituição arquivística pública, na sua específica esfera de competência.

Art. 10º Os documentos de valor permanente são inalienáveis e imprescritíveis.

CAPÍTULO III

Dos Arquivos Privados

Art. 11. Consideram-se arquivos privados os conjuntos de documentos produzidos ou recebidos por pessoas físicas ou jurídicas, em decorrência de suas atividades. Regulamento

Art. 12. Os arquivos privados podem ser identificados pelo Poder Público como de interesse público e social, desde que sejam considerados como conjuntos de fontes relevantes para a história e desenvolvimento científico nacional.

Art. 13. Os arquivos privados identificados como de interesse público e social não poderão ser alienados com dispersão ou perda da unidade documental, nem transferidos para o exterior.

Parágrafo único. Na alienação desses arquivos o Poder Público exercerá preferência na aquisição.

Art. 14. O acesso aos documentos de arquivos privados identificados como de interesse público e social poderá ser franqueado mediante autorização de seu proprietário ou possuidor.

Art. 15. Os arquivos privados identificados como de interesse público e social poderão ser depositados a título revogável, ou doados a instituições arquivísticas públicas.

Art. 16. Os registros civis de arquivos de entidades religiosas produzidos anteriormente à vigência do Código Civil ficam

identificados como de interesse público e social. Regulamento

CAPÍTULO IV

Da Organização e Administração de Instituições Arquivísticas Públicas

Art. 17. A administração da documentação pública ou de caráter público compete às instituições arquivísticas federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais.

§ 1º São Arquivos Federais o Arquivo Nacional do Poder Executivo, e os arquivos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. São considerados, também, do Poder Executivo os arquivos do Ministério da Marinha, do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério do Exército e do Ministério da Aeronáutica.

§ 2º São Arquivos Estaduais o arquivo do Poder Executivo, o arquivo do Poder Legislativo e o arquivo do Poder Judiciário.

§ 3º São Arquivos do Distrito Federal o arquivo do Poder Executivo, o Arquivo do Poder Legislativo e o arquivo do Poder Judiciário.

§ 4º São Arquivos Municipais o arquivo do Poder Executivo e o arquivo do Poder Legislativo.

§ 5º Os arquivos públicos dos Territórios são organizados de acordo com sua estrutura político-jurídica.

Art. 18. Compete ao Arquivo Nacional a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Executivo Federal, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda, e acompanhar e implementar a política nacional de arquivos.

Parágrafo único. Para o pleno exercício de suas funções, o Arquivo Nacional poderá criar unidades regionais.

Art. 19. Competem aos arquivos do Poder Legislativo Federal a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Legislativo Federal no exercício das suas funções, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda.

Art. 20. Competem aos arquivos do Poder Judiciário Federal a gestão e o recolhimento dos documentos produzidos e recebidos pelo Poder Judiciário Federal no exercício de suas funções, tramitados em juízo e oriundos de cartórios e secretarias, bem como preservar e facultar o acesso aos documentos sob sua guarda.

Art. 21. Legislação estadual, do Distrito Federal e municipal definirá os critérios de organização e vinculação dos arquivos estaduais e municipais, bem como a gestão e o acesso aos documentos, observado o disposto na Constituição Federal e nesta lei.

CAPÍTULO V

Do Acesso e do Sigilo dos Documentos Públicos

Art. 22. É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.

Art. 23. Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por eles produzidos. Regulamento

§ 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originariamente sigilosos.

§ 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.

§ 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.

Art. 24. Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.

Parágrafo único. Nenhuma norma de organização administrativa será

interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo.

Disposições Finais

Art. 25. Ficará sujeito   responsabilidade penal, civil e administrativa, na forma da legislação em vigor, aquele que desfigurar ou destruir documentos de valor permanente ou considerado como de interesse público e social.

Art. 26. Fica criado o Conselho Nacional de Arquivos (Conarq),  rg o vinculado ao Arquivo Nacional, que definir  a política nacional de arquivos, como órgão central de um Sistema Nacional de Arquivos (Sinar).

  1  O Conselho Nacional de Arquivos será presidido pelo Diretor-Geral do Arquivo Nacional e integrado por representantes de instituições arquivísticas e acad micas, públicas e privadas.

  2  A estrutura e funcionamento do conselho criado neste artigo serão estabelecidos em regulamento.

Art. 27. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 28. Revogam-se as disposições em contrário.

Br silia, 8 de janeiro de 1991; 170  da Independência e 103  da República.

FERNANDO COLLOR

Jarbas Passarinho

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 9.1.1991 e retificado em 28.1.1991

ANEXO B - DECRETO Nº 4.553, DE 27 DE DEZ. DE 2002.



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 4.553, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2002.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, incisos IV e VI, alínea "a", da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 23 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991,

DECRETA:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º Este Decreto disciplina a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos, bem como das áreas e instalações onde tramitam.

Art. 2º São considerados originariamente sigilosos, e serão como tal classificados, dados ou informações cujo conhecimento irrestrito ou divulgação possa acarretar qualquer risco à segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas.

Parágrafo único. O acesso a dados ou informações sigilosos é restrito e condicionado à necessidade de conhecer.

Art. 3º A produção, manuseio, consulta, transmissão, manutenção e guarda de dados ou informações sigilosos observarão medidas especiais de segurança.

Parágrafo único. Toda autoridade responsável pelo trato de dados ou informações sigilosos providenciará para que o pessoal sob suas ordens conheça integralmente as medidas de segurança estabelecidas, zelando pelo seu fiel cumprimento.

Art. 4º Para os efeitos deste Decreto, são estabelecidos os seguintes conceitos e definições:

I - autenticidade: asseveração de que o dado ou informação são verdadeiros e fidedignos tanto na origem quanto no destino;

II - classificação: atribuição, pela autoridade competente, de grau de sigilo a dado, informação, documento, material, área ou instalação;

III - comprometimento: perda de segurança resultante do acesso não-autorizado;

IV - credencial de segurança: certificado, concedido por autoridade competente, que habilita determinada pessoa a ter acesso a dados ou informações em diferentes graus de sigilo;

V - desclassificação: cancelamento, pela autoridade competente ou pelo transcurso de prazo, da classificação, tornando ostensivos dados ou informações;

VI - disponibilidade: facilidade de recuperação ou acessibilidade de dados e informações;

VII - grau de sigilo: gradação atribuída a dados, informações, área ou instalação considerados sigilosos em decorrência de sua natureza ou conteúdo;

VIII - integridade: incolumidade de dados ou informações na origem, no trânsito ou no destino;

IX - investigação para credenciamento: averiguação sobre a existência dos requisitos indispensáveis para concessão de credencial de segurança;

X - legitimidade: asseveração de que o emissor e o receptor de dados ou informações são legítimos e fidedignos tanto na origem quanto no destino;

XI - marcação: aposição de marca assinalando o grau de sigilo;

XII - medidas especiais de segurança: medidas destinadas a garantir sigilo, inviolabilidade, integridade, autenticidade, legitimidade e disponibilidade de dados e informações sigilosos. Também objetivam prevenir, detectar, anular e registrar ameaças reais ou potenciais a esses dados e informações;

XIII - necessidade de conhecer: condição pessoal, inerente ao efetivo exercício de cargo, função, emprego ou atividade, indispensável para que uma pessoa possuidora de credencial de segurança, tenha acesso a dados ou informações sigilosos;

XIV - ostensivo: sem classificação, cujo acesso pode ser franqueado;

XV - reclassificação: alteração, pela autoridade competente, da classificação de dado, informação, área ou instalação sigilosos;

XVI - sigilo: segredo; de conhecimento restrito a pessoas credenciadas; proteção contra revelação não-autorizada; e

XVII - visita: pessoa cuja entrada foi admitida, em caráter excepcional, em área sigilosa.

CAPÍTULO II

DO SIGILO E DA SEGURANÇA

Seção I

Da Classificação Segundo o Grau de Sigilo

Art. 5º Os dados ou informações sigilosos serão classificados em ultra-secretos, secretos, confidenciais e reservados, em razão do seu teor ou dos seus elementos intrínsecos.

§ 1º São passíveis de classificação como ultra-secretos, dentre outros, dados ou informações referentes à soberania e à integridade territorial nacionais, a planos e operações militares, às relações internacionais do País, a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico de interesse da defesa nacional e a programas econômicos, cujo

conhecimento não-autorizado possa acarretar dano excepcionalmente grave à segurança da sociedade e do Estado.

§ 2º São passíveis de classificação como secretos, dentre outros, dados ou informações referentes a sistemas, instalações, programas, projetos, planos ou operações de interesse da defesa nacional, a assuntos diplomáticos e de inteligência e a planos ou detalhes, programas ou instalações estratégicos, cujo conhecimento não-autorizado possa acarretar dano grave à segurança da sociedade e do Estado.

§ 3º São passíveis de classificação como confidenciais dados ou informações que, no interesse do Poder Executivo e das partes, devam ser de conhecimento restrito e cuja revelação não-autorizada possa frustrar seus objetivos ou acarretar dano à segurança da sociedade e do Estado.

§ 4º São passíveis de classificação como reservados dados ou informações cuja revelação não-autorizada possa comprometer planos, operações ou objetivos neles previstos ou referidos.

Art. 6º A classificação no grau ultra-secreto é de competência das seguintes autoridades:

I - Presidente da República; (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

II - Vice-Presidente da República; (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

III - Ministros de Estado e autoridades com as mesmas prerrogativas; (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

IV - Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; e (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

V - Chefes de Missões Diplomáticas e Consulares permanentes no exterior. (Incluído pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

§ 1º Excepcionalmente, a competência prevista no **caput** pode ser delegada pela autoridade responsável a agente público em missão no exterior. (Incluído pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

§ 2º Além das autoridades estabelecidas no **caput**, podem atribuir grau de sigilo: (Renumerado do parágrafo único pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

I - secreto: as autoridades que exerçam funções de direção, comando,

chefia ou assessoramento, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal; e (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

II - confidencial e reservado: os servidores civis e militares, de acordo com regulamentação específica de cada órgão ou entidade da Administração Pública Federal. (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

Art. 7º Os prazos de duração da classificação a que se refere este Decreto vigoram a partir da data de produção do dado ou informação e são os seguintes: (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

I - ultra-secreto: máximo de trinta anos; (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

II - secreto: máximo de vinte anos; (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

III - confidencial: máximo de dez anos; e (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

IV - reservado: máximo de cinco anos. (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

Parágrafo único. Os prazos de classificação poderão ser prorrogados uma vez, por igual período, pela autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre a matéria. (Incluído pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

Seção II

Da Reclassificação e da Desclassificação

Art. 8º Dados ou informações classificados no grau de sigilo ultra-secreto somente poderão ser reclassificados ou desclassificados, mediante decisão da autoridade responsável pela sua classificação.

Art. 9º Para os graus secreto, confidencial e reservado, poderá a autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, respeitados os interesses da segurança da sociedade e do Estado, alterá-la ou cancelá-la, por meio de expediente hábil de reclassificação ou desclassificação dirigido ao detentor da custódia do dado ou informação sigilosos.

Parágrafo único. Na reclassificação, o novo prazo de duração conta-se a

partir da data de produção do dado ou informação. (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

Art. 10. A desclassificação de dados ou informações nos graus ultra-secreto, confidencial e reservado será automática após transcorridos os prazos previstos nos incisos I, II, III e IV do art. 7º, salvo no caso de sua prorrogação, quando então a desclassificação ocorrerá ao final de seu termo. (Redação dada pelo Decreto nº 5.301, de 2004)

Art. 11. Dados ou informações sigilosos de guarda permanente que forem objeto de desclassificação serão encaminhados à instituição arquivística pública competente, ou ao arquivo permanente do órgão público, entidade pública ou instituição de caráter público, para fins de organização, preservação e acesso.

Parágrafo único. Consideram-se de guarda permanente os dados ou informações de valor histórico, probatório e informativo que devam ser definitivamente preservados.

Art. 12. A indicação da reclassificação ou da desclassificação de dados ou informações sigilosos deverá constar das capas, se houver, e da primeira página.

CAPÍTULO III

DA GESTÃO DE DADOS OU INFORMAÇÕES SIGILOSOS

Seção I

Dos Procedimentos para Classificação de Documentos

Art. 13. As páginas, os parágrafos, as seções, as partes componentes ou os anexos de um documento sigiloso podem merecer diferentes classificações, mas ao documento, no seu todo, será atribuído o grau de sigilo mais elevado, conferido a quaisquer de suas partes.

Art. 14. A classificação de um grupo de documentos que formem um conjunto deve ser a mesma atribuída ao documento classificado com o mais alto grau de sigilo.

Art. 15. A publicação dos atos sigilosos, se for o caso, limitar-se-á aos seus respectivos números, datas de expedição e ementas, redigidas de

modo a não comprometer o sigilo.

Art. 16. Os mapas, planos-relevo, cartas e fotocartas baseados em fotografias aéreas ou em seus negativos serão classificados em razão dos detalhes que revelem e não da classificação atribuída às fotografias ou negativos que lhes deram origem ou das diretrizes baixadas para obtê-las.

Art. 17. Poderão ser elaborados extratos de documentos sigilosos, para sua divulgação ou execução, mediante consentimento expresse:

I - da autoridade classificadora, para documentos ultra-secretos;

II - da autoridade classificadora ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, para documentos secretos; e

III - da autoridade classificadora, destinatária ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, para documentos confidenciais e reservados, exceto quando expressamente vedado no próprio documento.

Parágrafo único. Aos extratos de que trata este artigo serão atribuídos graus de sigilo iguais ou inferiores àqueles atribuídos aos documentos que lhes deram origem, salvo quando elaborados para fins de divulgação.

Seção II

Do Documento Sigiloso Controlado

Art. 18. Documento Sigiloso Controlado (DSC) é aquele que, por sua importância, requer medidas adicionais de controle, incluindo:

I - identificação dos destinatários em protocolo e recibo próprios, quando da difusão;

II - lavratura de termo de custódia e registro em protocolo específico;

III - lavratura anual de termo de inventário, pelo órgão ou entidade expedidores e pelo órgão ou entidade receptores; e

IV - lavratura de termo de transferência, sempre que se proceder à transferência de sua custódia ou guarda.

Parágrafo único. O termo de inventário e o termo de transferência serão elaborados de acordo com os modelos constantes dos Anexos I e II deste

Decreto e ficarão sob a guarda de um órgão de controle.

Art. 19. O documento ultra-secreto é, por sua natureza, considerado DSC, desde sua classificação ou reclassificação.

Parágrafo único. A critério da autoridade classificadora ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, o disposto no **caput** pode-se aplicar aos demais graus de sigilo.

Seção III

Da Marcação

Art. 20. A marcação, ou indicação do grau de sigilo, deverá ser feita em todas as páginas do documento e nas capas, se houver.

§ 1º As páginas serão numeradas seguidamente, devendo cada uma conter, também, indicação do total de páginas que compõem o documento.

§ 2º O DSC também expressará, nas capas, se houver, e em todas as suas páginas, a expressão "Documento Sigiloso Controlado (DSC)" e o respectivo número de controle.

Art. 21. A marcação em extratos de documentos, rascunhos, esboços e desenhos sigilosos obedecerá ao prescrito no art. 20.

Art. 22. A indicação do grau de sigilo em mapas, fotocartas, cartas, fotografias, ou em quaisquer outras imagens sigilosas obedecerá às normas complementares adotadas pelos órgãos e entidades da Administração Pública.

Art. 23. Os meios de armazenamento de dados ou informações sigilosos serão marcados com a classificação devida em local adequado.

Parágrafo único. Consideram-se meios de armazenamento documentos tradicionais, discos e fitas sonoras, magnéticos ou ópticos e qualquer outro meio capaz de armazenar dados e informações.

Seção IV

Da Expedição e da Comunicação de Documentos Sigilosos

Art. 24. Os documentos sigilosos em suas expedição e tramitação obedecerão às seguintes prescrições:

I - serão acondicionados em envelopes duplos;

II - no envelope externo não constará qualquer indicação do grau de

sigilo ou do teor do documento;

III - no envelope interno serão apostos o destinatário e o grau de sigilo do documento, de modo a serem identificados logo que removido o envelope externo;

IV - o envelope interno será fechado, lacrado e expedido mediante recibo, que indicará, necessariamente, remetente, destinatário e número ou outro indicativo que identifique o documento; e

V - sempre que o assunto for considerado de interesse exclusivo do destinatário, será inscrita a palavra pessoal no envelope contendo o documento sigiloso.

Art. 25. A expedição, condução e entrega de documento ultra-secreto, em princípio, será efetuada pessoalmente, por agente público autorizado, sendo vedada a sua postagem.

Parágrafo único. A comunicação de assunto ultra-secreto de outra forma que não a prescrita no **caput** só será permitida excepcionalmente e em casos extremos, que requeiram tramitação e solução imediatas, em atendimento ao princípio da oportunidade e considerados os interesses da segurança da sociedade e do Estado.

Art. 26. A expedição de documento secreto, confidencial ou reservado poderá ser feita mediante serviço postal, com opção de registro, mensageiro oficialmente designado, sistema de encomendas ou, se for o caso, mala diplomática.

Parágrafo único. A comunicação dos assuntos de que trata este artigo poderá ser feita por outros meios, desde que sejam usados recursos de criptografia compatíveis com o grau de sigilo do documento, conforme previsto no art. 42.

Seção V

Do Registro, da Tramitação e da Guarda

Art. 27. Cabe aos responsáveis pelo recebimento de documentos sigilosos:

I - verificar a integridade e registrar, se for o caso, indícios de violação ou de qualquer irregularidade na correspondência recebida, dando ciência do fato ao seu superior hierárquico e ao destinatário, o qual informará imediatamente ao remetente; e

II - proceder ao registro do documento e ao controle de sua tramitação.

Art. 28. O envelope interno só será aberto pelo destinatário, seu representante autorizado ou autoridade competente hierarquicamente superior.

Parágrafo único. Envelopes contendo a marca pessoal só poderão ser abertos pelo próprio destinatário.

Art. 29. O destinatário de documento sigiloso comunicará imediatamente ao remetente qualquer indício de violação ou adulteração do documento.

Art. 30. Os documentos sigilosos serão mantidos ou guardados em condições especiais de segurança, conforme regulamento.

§ 1º Para a guarda de documentos ultra-secretos e secretos é obrigatório o uso de cofre forte ou estrutura que ofereça segurança equivalente ou superior.

§ 2º Na impossibilidade de se adotar o disposto no § 1º, os documentos ultra-secretos deverão ser mantidos sob guarda armada.

Art. 31. Os agentes responsáveis pela guarda ou custódia de documentos sigilosos os transmitirão a seus substitutos, devidamente conferidos, quando da passagem ou transferência de responsabilidade.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo aos responsáveis pela guarda ou custódia de material sigiloso.

Seção VI

Da Reprodução

Art. 32. A reprodução do todo ou de parte de documento sigiloso terá o mesmo grau de sigilo do documento original.

§ 1º A reprodução total ou parcial de documentos sigilosos controlados condiciona-se à autorização expressa da autoridade classificadora ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto.

§ 2º Eventuais cópias decorrentes de documentos sigilosos serão autenticadas pelo chefe da Comissão a que se refere o art. 35 deste Decreto, no âmbito dos órgãos e entidades públicas ou instituições de caráter público.

§ 3º Serão fornecidas certidões de documentos sigilosos que não puderem ser reproduzidos devido a seu estado de conservação, desde

que necessário como prova em juízo.

Art. 33. O responsável pela produção ou reprodução de documentos sigilosos deverá providenciar a eliminação de notas manuscritas, tipos, clichês, carbonos, provas ou qualquer outro recurso, que possam dar origem a cópia não-autorizada do todo ou parte.

Art. 34. Sempre que a preparação, impressão ou, se for o caso, reprodução de documento sigiloso for efetuada em tipografias, impressoras, oficinas gráficas ou similar, essa operação deverá ser acompanhada por pessoa oficialmente designada, que será responsável pela garantia do sigilo durante a confecção do documento, observado o disposto no art. 33.

Seção VII

Da Avaliação, da Preservação e da Eliminação

Art. 35. As entidades e órgãos públicos constituirão Comissão Permanente de Avaliação de Documentos Sigilosos (CPADS), com as seguintes atribuições:

I - analisar e avaliar periodicamente a documentação sigilosa produzida e acumulada no âmbito de sua atuação;

II - propor, à autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, renovação dos prazos a que se refere o art. 7º;

III - propor, à autoridade responsável pela classificação ou autoridade hierarquicamente superior competente para dispor sobre o assunto, alteração ou cancelamento da classificação sigilosa, em conformidade com o disposto no art. 9º deste Decreto;

IV - determinar o destino final da documentação tornada ostensiva, selecionando os documentos para guarda permanente; e

V - autorizar o acesso a documentos sigilosos, em atendimento ao disposto no art. 39.

Parágrafo único. Para o perfeito cumprimento de suas atribuições e responsabilidades, a CPADS poderá ser subdividida em subcomissões.

Art. 36. Os documentos permanentes de valor histórico, probatório e informativo não podem ser desfigurados ou destruídos, sob pena de

responsabilidade penal, civil e administrativa, nos termos da legislação em vigor.

CAPÍTULO IV

DO ACESSO

Art. 37. O acesso a dados ou informações sigilosos em órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público é admitido:

I - ao agente público, no exercício de cargo, função, emprego ou atividade pública, que tenham necessidade de conhecê-los; e

II - ao cidadão, naquilo que diga respeito à sua pessoa, ao seu interesse particular ou do interesse coletivo ou geral, mediante requerimento ao órgão ou entidade competente.

§ 1º Todo aquele que tiver conhecimento, nos termos deste Decreto, de assuntos sigilosos fica sujeito às sanções administrativas, civis e penais decorrentes da eventual divulgação dos mesmos.

§ 2º Os dados ou informações sigilosos exigem que os procedimentos ou processos que vierem a instruir também passem a ter grau de sigilo idêntico.

§ 3º Serão liberados à consulta pública os documentos que contenham informações pessoais, desde que previamente autorizada pelo titular ou por seus herdeiros.

Art. 38. O acesso a dados ou informações sigilosos, ressalvado o previsto no inciso II do artigo anterior, é condicionado à emissão de credencial de segurança no correspondente grau de sigilo, que pode ser limitada no tempo.

Parágrafo único. A credencial de segurança de que trata o **caput** deste artigo classifica-se nas categorias de ultra-secreto, secreto, confidencial e reservado.

Art. 39. O acesso a qualquer documento sigiloso resultante de acordos ou contratos com outros países atenderá às normas e recomendações de sigilo constantes destes instrumentos.

Art. 40. A negativa de autorização de acesso deverá ser justificada.

CAPÍTULO V

DOS SISTEMAS DE INFORMAÇÃO

Art. 41. A comunicação de dados e informações sigilosos por meio de sistemas de informação será feita em conformidade com o disposto nos arts. 25 e 26.

Art. 42. Ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 44, os programas, aplicativos, sistemas e equipamentos de criptografia para uso oficial no âmbito da União são considerados sigilosos e deverão, antecipadamente, ser submetidos à certificação de conformidade da Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional.

Art. 43. Entende-se como oficial o uso de código, cifra ou sistema de criptografia no âmbito de órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público.

Parágrafo único. É vedada a utilização para outro fim que não seja em razão do serviço.

Art. 44. Aplicam-se aos programas, aplicativos, sistemas e equipamentos de criptografia todas as medidas de segurança previstas neste Decreto para os documentos sigilosos controlados e os seguintes procedimentos:

I - realização de vistorias periódicas, com a finalidade de assegurar uma perfeita execução das operações criptográficas;

II - manutenção de inventários completos e atualizados do material de criptografia existente;

III - designação de sistemas criptográficos adequados a cada destinatário;

IV - comunicação, ao superior hierárquico ou à autoridade competente, de qualquer anormalidade relativa ao sigilo, à inviolabilidade, à integridade, à autenticidade, à legitimidade e à disponibilidade de dados ou informações criptografados; e

V - identificação de indícios de violação ou interceptação ou de irregularidades na transmissão ou recebimento de dados e informações

criptografados.

Parágrafo único. Os dados e informações sigilosos, constantes de documento produzido em meio eletrônico, serão assinados e criptografados mediante o uso de certificados digitais emitidos pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Art. 45. Os equipamentos e sistemas utilizados para a produção de documentos com grau de sigilo ultra-secreto só poderão estar ligados a redes de computadores seguras, e que sejam física e logicamente isoladas de qualquer outra.

Art. 46. A destruição de dados sigilosos deve ser feita por método que sobrescreva as informações armazenadas. Se não estiver ao alcance do órgão a destruição lógica, deverá ser providenciada a destruição física por incineração dos dispositivos de armazenamento.

Art. 47. Os equipamentos e sistemas utilizados para a produção de documentos com grau de sigilo secreto, confidencial e reservado só poderão integrar redes de computadores que possuam sistemas de criptografia e segurança adequados a proteção dos documentos.

Art. 48. O armazenamento de documentos sigilosos, sempre que possível, deve ser feito em mídias removíveis que podem ser guardadas com maior facilidade.

CAPÍTULO VI

DAS ÁREAS E INSTALAÇÕES SIGILOSAS

Art. 49. A classificação de áreas e instalações será feita em razão dos dados ou informações sigilosos que contenham ou que no seu interior sejam produzidos ou tratados, em conformidade com o art. 5º.

Art. 50. Aos titulares dos órgãos e entidades públicos e das instituições de caráter público caberá a adoção de medidas que visem à definição, demarcação, sinalização, segurança e autorização de acesso às áreas sigilas sob sua responsabilidade.

Art. 51. O acesso de visitas a áreas e instalações sigilas será disciplinado por meio de instruções especiais dos órgãos, entidades ou instituições interessados.

Parágrafo único. Para efeito deste artigo, não é considerado visita o agente público ou o particular que oficialmente execute atividade pública diretamente vinculada à elaboração de estudo ou trabalho considerado sigiloso no interesse da segurança da sociedade e do Estado.

CAPÍTULO VII

DO MATERIAL SIGILOSO

Seção I

Das Generalidades

Art. 52. O titular de órgão ou entidade pública, responsável por projeto ou programa de pesquisa, que julgar conveniente manter sigilo sobre determinado material ou suas partes, em decorrência de aperfeiçoamento, prova, produção ou aquisição, deverá providenciar para que lhe seja atribuído o grau de sigilo adequado.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo ao titular de órgão ou entidade públicos ou de instituições de caráter público encarregada da fiscalização e do controle de atividades de entidade privada, para fins de produção ou exportação de material de interesse da Defesa Nacional.

Art. 53. Os titulares de órgãos ou entidades públicos encarregados da preparação de planos, pesquisas e trabalhos de aperfeiçoamento ou de novo projeto, prova, produção, aquisição, armazenagem ou emprego de material sigiloso são responsáveis pela expedição das instruções adicionais que se tornarem necessárias à salvaguarda dos assuntos com eles relacionados.

Art. 54. Todos os modelos, protótipos, moldes, máquinas e outros materiais similares considerados sigilosos e que sejam objeto de contrato de qualquer natureza, como empréstimo, cessão, arrendamento ou locação, serão adequadamente marcados para indicar o seu grau de sigilo.

Art. 55. Dados ou informações sigilosos concernentes a programas técnicos ou aperfeiçoamento de material somente serão fornecidos aos que, por suas funções oficiais ou contratuais, a eles devam ter acesso.

Parágrafo único. Os órgãos e entidades públicos controlarão e coordenarão o fornecimento às pessoas físicas e jurídicas interessadas os dados e informações necessários ao desenvolvimento de programas.

Seção II

Do Transporte

Art. 56. A definição do meio de transporte a ser utilizado para deslocamento de material sigiloso é responsabilidade do detentor da custódia e deverá considerar o respectivo grau de sigilo.

§ 1º O material sigiloso poderá ser transportado por empresas para tal fim contratadas.

§ 2º As medidas necessárias para a segurança do material transportado serão estabelecidas em entendimentos prévios, por meio de cláusulas contratuais específicas, e serão de responsabilidade da empresa contratada.

Art. 57. Sempre que possível, os materiais sigilosos serão tratados segundo os critérios indicados para a expedição de documentos sigilosos.

Art. 58. A critério da autoridade competente, poderão ser empregados guardas armados, civis ou militares, para o transporte de material sigiloso.

CAPÍTULO VIII

DOS CONTRATOS

Art. 59. A celebração de contrato cujo objeto seja sigiloso, ou que sua execução implique a divulgação de desenhos, plantas, materiais, dados ou informações de natureza sigilosa, obedecerá aos seguintes requisitos:

I - o conhecimento da minuta de contrato estará condicionado à assinatura de termo de compromisso de manutenção de sigilo pelos interessados na contratação; e

II - o estabelecimento de cláusulas prevendo a:

- a) possibilidade de alteração do contrato para inclusão de cláusula de segurança não estipulada por ocasião da sua assinatura;
- b) obrigação de o contratado manter o sigilo relativo ao objeto contratado, bem como à sua execução;
- c) obrigação de o contratado adotar as medidas de segurança adequadas, no âmbito das atividades sob seu controle, para a manutenção do sigilo relativo ao objeto contratado;
- d) identificação, para fins de concessão de credencial de segurança, das pessoas que, em nome do contratado, terão acesso a material, dados e informações sigilosos; e
- e) responsabilidade do contratado pela segurança do objeto subcontratado, no todo ou em parte.

Art. 60. Aos órgãos e entidades públicos, bem como às instituições de caráter público, a que os contratantes estejam vinculados, cabe providenciar para que seus fiscais ou representantes adotem as medidas necessárias para a segurança dos documentos ou materiais sigilosos em poder dos contratados ou subcontratados, ou em curso de fabricação em suas instalações.

CAPÍTULO IX

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 61. O disposto neste Decreto aplica-se a material, área, instalação e sistema de informação cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Art. 62. Os órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público exigirão termo de compromisso de manutenção de sigilo dos seus servidores, funcionários e empregados que direta ou indiretamente tenham acesso a dados ou informações sigilosos.

Parágrafo único. Os agentes de que trata o **caput** deste artigo comprometem-se a, após o desligamento, não revelar ou divulgar dados ou informações sigilosos dos quais tiverem conhecimento no exercício

de cargo, função ou emprego público.

Art. 63. Os agentes responsáveis pela custódia de documentos e materiais e pela segurança de áreas, instalações ou sistemas de informação de natureza sigilosa sujeitam-se às normas referentes ao sigilo profissional, em razão do ofício, e ao seu código de ética específico, sem prejuízo de sanções penais.

Art. 64. Os órgãos e entidades públicos e instituições de caráter público promoverão o treinamento, a capacitação, a reciclagem e o aperfeiçoamento de pessoal que desempenhe atividades inerentes à salvaguarda de documentos, materiais, áreas, instalações e sistemas de informação de natureza sigilosa.

Art. 65. Toda e qualquer pessoa que tome conhecimento de documento sigiloso, nos termos deste Decreto fica, automaticamente, responsável pela preservação do seu sigilo.

Art. 66. Na classificação dos documentos será utilizado, sempre que possível, o critério menos restritivo possível.

Art. 67. A critério dos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal serão expedidas instruções complementares, que detalharão os procedimentos necessários à plena execução deste Decreto.

Art. 68. Este Decreto entra em vigor após quarenta e cinco dias da data de sua publicação.

Art. 69. Ficam revogados os Decretos nºs 2.134, de 24 de janeiro de 1997, 2.910, de 29 de dezembro de 1998, e 4.497, de 4 de dezembro de 2002.

Brasília, 27 de dezembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Pedro Parente

Alberto Mendes Cardoso

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 30.12.2002

ANEXO C - LEI Nº 11.111, DE 5 DE MAIO DE 2005.

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 11.111, DE 5 DE MAIO DE 2005.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei regulamenta a parte final do disposto no inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 2º O acesso aos documentos públicos de interesse particular ou de interesse coletivo ou geral será ressalvado exclusivamente nas hipóteses em que o sigilo seja ou permaneça imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos do disposto na parte final do inciso XXXIII do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Art. 3º Os documentos públicos que contenham informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado poderão ser classificados no mais alto grau de sigilo, conforme regulamento.

Art. 4º O Poder Executivo instituirá, no âmbito da Casa Civil da Presidência da República, Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas, com a finalidade de decidir sobre a aplicação da ressalva ao acesso de documentos, em conformidade com o disposto nos parágrafos do art. 6º desta Lei.

Art. 5º Os Poderes Legislativo e Judiciário, o Ministério Público da União e o Tribunal de Contas da União disciplinarão internamente sobre a necessidade de manutenção da proteção das informações por eles produzidas, cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, bem como a possibilidade de seu acesso quando cessar essa

necessidade, observada a Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e o disposto nesta Lei.

Art. 6º O acesso aos documentos públicos classificados no mais alto grau de sigilo poderá ser restringido pelo prazo e prorrogação previstos no § 2º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

§ 1º Vencido o prazo ou sua prorrogação de que trata o caput deste artigo, os documentos classificados no mais alto grau de sigilo tornar-se-ão de acesso público.

§ 2º Antes de expirada a prorrogação do prazo de que trata o caput deste artigo, a autoridade competente para a classificação do documento no mais alto grau de sigilo poderá provocar, de modo justificado, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que avalie se o acesso ao documento ameaçará a soberania, a integridade territorial nacional ou as relações internacionais do País, caso em que a Comissão poderá manter a permanência da ressalva ao acesso do documento pelo tempo que estipular.

§ 3º Qualquer pessoa que demonstre possuir efetivo interesse poderá provocar, no momento que lhe convier, a manifestação da Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas para que reveja a decisão de ressalva a acesso de documento público classificado no mais alto grau de sigilo.

§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º deste artigo, a Comissão de Averiguação e Análise de Informações Sigilosas decidirá pela:

I - autorização de acesso livre ou condicionado ao documento; ou

II - permanência da ressalva ao seu acesso.

Art. 7º Os documentos públicos que contenham informações relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagem de pessoas, e que sejam ou venham a ser de livre acesso poderão ser franqueados por meio de certidão ou cópia do documento, que expurgue ou oculte a parte sobre a qual recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal.

Parágrafo único. As informações sobre as quais recai o disposto no inciso X do caput do art. 5º da Constituição Federal terão o seu acesso restrito à pessoa diretamente interessada ou, em se tratando de morto ou ausente, ao seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, no prazo de que trata o § 3º do art. 23 da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 5 de maio de 2005; 184º da Independência e 117º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Marcio Thomaz Bastos

José Dirceu de Oliveira e Silva

Jorge Armando Felix

Álvaro Augusto Ribeiro Costa

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 6.5.2005.

ANEXO D – LEI 12.462, DE 5 DE AGOSTO DE 2011

**Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**

LEI Nº 12.462, DE 5 DE AGOSTO DE 2011.**Conversão da Medida Provisória nº 527, de 2011**

Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.

A PRESIDENTA DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

CAPÍTULO I

Do Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC

Seção I

Aspectos Gerais

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

§ 2º A opção pelo RDC deverá constar de forma expressa do instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas

contidas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, exceto nos casos expressamente previstos nesta Lei.

Art. 2º Na aplicação do RDC, deverão ser observadas as seguintes definições:

I - empreitada integral: quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para a qual foi contratada;

II - empreitada por preço global: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

III - empreitada por preço unitário: quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

IV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para, observado o disposto no parágrafo único deste artigo:

a) caracterizar a obra ou serviço de engenharia, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares;

b) assegurar a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento; e

c) possibilitar a avaliação do custo da obra ou serviço e a definição dos métodos e do prazo de execução;

V - projeto executivo: conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas técnicas pertinentes; e

VI - tarefa: quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos

por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

Parágrafo único. O projeto básico referido no inciso IV do caput deste artigo deverá conter, no mínimo, sem frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, os seguintes elementos:

I - desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar seus elementos constitutivos com clareza;

II - soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a restringir a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem a situações devidamente comprovadas em ato motivado da administração pública;

III - identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento;

IV - informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra;

V - subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso, exceto, em relação à respectiva licitação, na hipótese de contratação integrada;

VI - orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados.

Art. 3º As licitações e contratações realizadas em conformidade com o RDC deverão observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

Art. 4º Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão

observadas as seguintes diretrizes:

I - padronização do objeto da contratação relativamente às especificações técnicas e de desempenho e, quando for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e de garantia oferecidas;

II - padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente;

III - busca da maior vantagem para a administração pública, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

IV - condições de aquisição, de seguros e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme desempenho, na forma do art. 10 desta Lei;

V - utilização, sempre que possível, nas planilhas de custos constantes das propostas oferecidas pelos licitantes, de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra, desde que não se produzam prejuízos à eficiência na execução do respectivo objeto e que seja respeitado o limite do orçamento estimado para a contratação;

VI - parcelamento do objeto, visando à ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala.

§ 1º As contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais;

IV - avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e

VI - acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 2º O impacto negativo sobre os bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados deverá ser compensado por meio de medidas determinadas pela autoridade responsável, na forma da legislação aplicável.

Seção II

Das Regras Aplicáveis às Licitações no Âmbito do RDC

Subseção I

Do Objeto da Licitação

Art. 5º O objeto da licitação deverá ser definido de forma clara e precisa no instrumento convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias.

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no caput deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Art. 7º No caso de licitação para aquisição de bens, a administração pública poderá:

I - indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou

c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como referência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade”;

II - exigir amostra do bem no procedimento de pré-qualificação, na fase de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação;

III - solicitar a certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Art. 8º Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

I - empreitada por preço unitário;

II - empreitada por preço global;

III - contratação por tarefa;

IV - empreitada integral; ou

V - contratação integrada.

§ 1º Nas licitações e contratações de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes discriminados nos incisos II, IV e V do caput deste artigo.

§ 2º No caso de inviabilidade da aplicação do disposto no § 1º deste artigo, poderá ser adotado outro regime previsto no caput deste artigo, hipótese em que serão inseridos nos autos do procedimento os motivos que justificaram a exceção.

§ 3º O custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou na tabela do Sistema de Custos de Obras Rodoviárias (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários.

§ 4º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 3º deste artigo, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 5º Nas licitações para a contratação de obras e serviços, com exceção daquelas onde for adotado o regime previsto no inciso V do caput deste artigo, deverá haver projeto básico aprovado pela autoridade competente, disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório.

§ 6º No caso de contratações realizadas pelos governos municipais, estaduais e do Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o custo global de obras e serviços de engenharia a que se refere o § 3º deste artigo poderá também ser obtido a partir de outros sistemas de custos já adotados pelos respectivos entes e aceitos pelos respectivos tribunais de contas.

§ 7º É vedada a realização, sem projeto executivo, de obras e serviços de engenharia para cuja concretização tenha sido utilizado o RDC, qualquer que seja o regime adotado.

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada.

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

I - o instrumento convocatório deverá conter anteprojeto de engenharia que contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo:

a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado;

b) as condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega, observado o disposto no caput e no § 1º do art. 6º desta Lei;

c) a estética do projeto arquitetônico; e

d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

II - o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica; e

III - será adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Caso seja permitida no anteprojeto de engenharia a apresentação de projetos com metodologias diferenciadas de execução, o instrumento convocatório estabelecerá critérios objetivos para avaliação e julgamento das propostas.

§ 4º Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada, é vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados, exceto nos seguintes casos:

I - para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior; e

II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 10. Na contratação das obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato.

Parágrafo único. A utilização da remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela administração pública para a contratação.

Art. 11. A administração pública poderá, mediante justificativa expressa, contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala,

quando:

I - o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado; ou

II - a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública.

§ 1º Nas hipóteses previstas no caput deste artigo, a administração pública deverá manter o controle individualizado da execução do objeto contratual relativamente a cada uma das contratadas.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos serviços de engenharia.

Subseção II

Do Procedimento Licitatório

Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem:

I - preparatória;

II - publicação do instrumento convocatório;

III - apresentação de propostas ou lances;

IV - julgamento;

V - habilitação;

VI - recursal; e

VII - encerramento.

Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos

III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório.

Art. 13. As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial.

Parágrafo único. Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a administração pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Art. 14. Na fase de habilitação das licitações realizadas em conformidade com esta Lei, aplicar-se-á, no que couber, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, observado o seguinte:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto no caso de inversão de fases;

III - no caso de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados; e

IV - em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

Parágrafo único. Nas licitações disciplinadas pelo RDC:

I - será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e

II - poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

Art. 15. Será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação disciplinados por esta Lei, ressalvadas as hipóteses

de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

I - para aquisição de bens:

a) 5 (cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 10 (dez) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

II - para a contratação de serviços e obras:

a) 15 (quinze) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e

b) 30 (trinta) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;

III - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; e

IV - para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis.

§ 1º A publicidade a que se refere o caput deste artigo, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante:

I - publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e

II - divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento

licitatório na rede mundial de computadores.

§ 2º No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação prevista no inciso I do § 1º deste artigo.

§ 3º No caso de parcelamento do objeto, deverá ser considerado, para fins da aplicação do disposto no § 2º deste artigo, o valor total da contratação.

§ 4º As eventuais modificações no instrumento convocatório serão divulgadas nos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

Art. 16. Nas licitações, poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, que poderão ser combinados na forma do regulamento.

Art. 17. O regulamento disporá sobre as regras e procedimentos de apresentação de propostas ou lances, observado o seguinte:

I - no modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado;

II - no modo de disputa fechado, as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas; e

III - nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.

§ 1º Poderão ser admitidos, nas condições estabelecidas em regulamento:

I - a apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta;
e

II - o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente.

§ 2º Consideram-se intermediários os lances:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta; ou

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Art. 18. Poderão ser utilizados os seguintes critérios de julgamento:

I - menor preço ou maior desconto;

II - técnica e preço;

III - melhor técnica ou conteúdo artístico;

IV - maior oferta de preço; ou

V - maior retorno econômico.

§ 1º O critério de julgamento será identificado no instrumento convocatório, observado o disposto nesta Lei.

§ 2º O julgamento das propostas será efetivado pelo emprego de parâmetros objetivos definidos no instrumento convocatório.

§ 3º Não serão consideradas vantagens não previstas no instrumento convocatório, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido.

Art. 19. O julgamento pelo menor preço ou maior desconto

considerará o menor dispêndio para a administração pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos.

§ 3º No caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório.

Art. 20. No julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e de preço apresentadas pelos licitantes, mediante a utilização de parâmetros objetivos obrigatoriamente inseridos no instrumento convocatório.

§ 1º O critério de julgamento a que se refere o caput deste artigo será utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela administração pública, e destinar-se-á exclusivamente a objetos:

I - de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou

II - que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.

§ 2º É permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para

valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70% (setenta por cento).

Art. 21. O julgamento pela melhor técnica ou pelo melhor conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes com base em critérios objetivos previamente estabelecidos no instrumento convocatório, no qual será definido o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento referido no caput deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos, inclusive arquitetônicos, e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, excluindo-se os projetos de engenharia.

Art. 22. O julgamento pela maior oferta de preço será utilizado no caso de contratos que resultem em receita para a administração pública.

§ 1º Quando utilizado o critério de julgamento pela maior oferta de preço, os requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira poderão ser dispensados, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º No julgamento pela maior oferta de preço, poderá ser exigida a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor ofertado.

§ 3º Na hipótese do § 2º deste artigo, o licitante vencedor perderá o valor da entrada em favor da administração pública caso não efetive o pagamento devido no prazo estipulado.

Art. 23. No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcionará a maior economia para a administração pública decorrente da execução do contrato.

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução

de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

§ 2º Na hipótese prevista no caput deste artigo, os licitantes apresentarão propostas de trabalho e de preço, conforme dispuser o regulamento.

§ 3º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença; e

III - a contratada sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis caso a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida seja superior ao limite máximo estabelecido no contrato.

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contenham vícios insanáveis;

II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;

III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;

IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou

V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita

exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A administração pública poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, na forma do inciso IV do caput deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes, conforme dispuser o regulamento.

Art. 25. Em caso de empate entre 2 (duas) ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação;

II - a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;

III - os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

IV - sorteio.

Parágrafo único. As regras previstas no caput deste artigo não prejudicam a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Art. 26. Definido o resultado do julgamento, a administração pública poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

Parágrafo único. A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado por sua proposta permanecer acima do orçamento estimado.

Art. 27. Salvo no caso de inversão de fases, o procedimento licitatório terá uma fase recursal única, que se seguirá à habilitação do vencedor.

Parágrafo único. Na fase recursal, serão analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor.

Art. 28. Exauridos os recursos administrativos, o procedimento licitatório será encerrado e encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;

II - anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;

III - revogar o procedimento por motivo de conveniência e oportunidade; ou

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

Subseção III

Dos Procedimentos Auxiliares das Licitações no Âmbito do RDC

Art. 29. São procedimentos auxiliares das licitações regidas pelo disposto nesta Lei:

I - pré-qualificação permanente;

II - cadastramento;

III - sistema de registro de preços; e

IV - catálogo eletrônico de padronização.

Parágrafo único. Os procedimentos de que trata o caput deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

Art. 30. Considera-se pré-qualificação permanente o procedimento anterior à licitação destinado a identificar:

I - fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e

II - bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da administração pública.

§ 1º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição dos eventuais interessados.

§ 2º A administração pública poderá realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento.

§ 3º A pré-qualificação poderá ser efetuada nos grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 4º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 5º A pré-qualificação terá validade de 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo.

Art. 31. Os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por 1 (um) ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo.

§ 1º Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados.

§ 2º Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento.

§ 3º A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

§ 4º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para admissão cadastral.

Art. 32. O Sistema de Registro de Preços, especificamente destinado às licitações de que trata esta Lei, reger-se-á pelo disposto em regulamento.

§ 1º Poderá aderir ao sistema referido no caput deste artigo qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades contempladas no art. 1º desta Lei.

§ 2º O registro de preços observará, entre outras, as seguintes condições:

I - efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódicos dos preços registrados;

IV - definição da validade do registro; e

V - inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

§ 3º A existência de preços registrados não obriga a administração pública a firmar os contratos que deles poderão advir, sendo facultada a realização de licitação específica, assegurada ao licitante registrado preferência em igualdade de condições.

Art. 33. O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços

e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela administração pública que estarão disponíveis para a realização de licitação.

Parágrafo único. O catálogo referido no caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterá toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

Subseção IV

Da Comissão de Licitação

Art. 34. As licitações promovidas consoante o RDC serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de licitações, composta majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da administração pública responsáveis pela licitação.

§ 1º As regras relativas ao funcionamento das comissões de licitação e da comissão de cadastramento de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento.

§ 2º Os membros da comissão de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que houver sido adotada a respectiva decisão.

Subseção V

Da Dispensa e Inexigibilidade de Licitação

Art. 35. As hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC.

Parágrafo único. O processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação deverá seguir o procedimento previsto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Subseção VI

Das Condições Específicas para a Participação nas Licitações

e para a Contratação no RDC

Art. 36. É vedada a participação direta ou indireta nas licitações de que trata esta Lei:

I - da pessoa física ou jurídica que elaborar o projeto básico ou executivo correspondente;

II - da pessoa jurídica que participar de consórcio responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo correspondente;

III - da pessoa jurídica da qual o autor do projeto básico ou executivo seja administrador, sócio com mais de 5% (cinco por cento) do capital votante, controlador, gerente, responsável técnico ou subcontratado; ou

IV - do servidor, empregado ou ocupante de cargo em comissão do órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos I, II e III do caput deste artigo no caso das contratações integradas.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não impede, nas licitações para a contratação de obras ou serviços, a previsão de que a elaboração de projeto executivo constitua encargo do contratado, consoante preço previamente fixado pela administração pública.

§ 3º É permitida a participação das pessoas físicas ou jurídicas de que tratam os incisos II e III do caput deste artigo em licitação ou na execução do contrato, como consultor ou técnico, nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço do

órgão ou entidade pública interessados.

§ 4º Para fins do disposto neste artigo, considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Art. 37. É vedada a contratação direta, sem licitação, de pessoa jurídica na qual haja administrador ou sócio com poder de direção que mantenha relação de parentesco, inclusive por afinidade, até o terceiro grau civil com:

I - detentor de cargo em comissão ou função de confiança que atue na área responsável pela demanda ou contratação; e

II - autoridade hierarquicamente superior no âmbito de cada órgão ou entidade da administração pública.

Art. 38. Nos processos de contratação abrangidos por esta Lei, aplicam-se as preferências para fornecedores ou tipos de bens, serviços e obras previstos na legislação, em especial as referidas:

I - no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - no art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993; e

III - nos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Seção III

Das Regras Específicas Aplicáveis aos Contratos Celebrados no Âmbito do RDC

Art. 39. Os contratos administrativos celebrados com base no RDC reger-se-ão pelas normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com exceção das regras específicas previstas nesta Lei.

Art. 40. É facultado à administração pública, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos:

I - revogar a licitação, sem prejuízo da aplicação das cominações previstas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e nesta Lei; ou

II - convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas pelo licitante vencedor.

Parágrafo único. Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do inciso II do caput deste artigo, a administração pública poderá convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições ofertadas por estes, desde que o respectivo valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para a contratação, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório.

Art. 41. Na hipótese do inciso XI do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual observará a ordem de classificação dos licitantes remanescentes e as condições por estes ofertadas, desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação.

Art. 42. Os contratos para a execução das obras previstas no plano plurianual poderão ser firmados pelo período nele compreendido, observado o disposto no caput do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Art. 43. Na hipótese do inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades descritas no art. 1º desta Lei poderão ter sua vigência estabelecida até a data da extinção da APO.

Art. 44. As normas referentes à anulação e revogação das licitações previstas no art. 49 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicar-se-ão às contratações realizadas com base no disposto nesta Lei.

Seção IV

Dos Pedidos de Esclarecimento, Impugnações e Recursos

Art. 45. Dos atos da administração pública decorrentes da aplicação do RDC caberão:

I - pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de:

a) até 2 (dois) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou

b) até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;

II - recursos, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face:

a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados;

b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante;

c) do julgamento das propostas;

d) da anulação ou revogação da licitação;

e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;

f) da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do art. 79 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

g) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública; e

III - representações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

§ 1º Os licitantes que desejarem apresentar os recursos de que tratam as alíneas *a*, *b* e *c* do inciso II do caput deste artigo deverão manifestar imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão.

§ 2º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e começará imediatamente após o encerramento do prazo recursal.

§ 3º É assegurado aos licitantes vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.

§ 4º Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento.

§ 5º Os prazos previstos nesta Lei iniciam e expiram exclusivamente em dia de expediente no âmbito do órgão ou entidade.

§ 6º O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.

Art. 46. Aplica-se ao RDC o disposto no art. 113 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Seção V

Das Sanções Administrativas

Art. 47. Ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais, o licitante que:

I - convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do art. 40 e no art. 41 desta Lei;

II - deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV - não mantiver a proposta, salvo se em decorrência de fato superveniente, devidamente justificado;

V - fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal; ou

VII - der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

§ 1º A aplicação da sanção de que trata o caput deste artigo implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo estabelecido no caput deste artigo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

§ 2º As sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

CAPÍTULO II

Outras Disposições

Seção I

Alterações da Organização da Presidência da República e dos Ministérios

Art. 48. A Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º A Presidência da República é constituída, essencialmente:

I - pela Casa Civil;

II - pela Secretaria-Geral;

III - pela Secretaria de Relações Institucionais;

IV - pela Secretaria de Comunicação Social;

V - pelo Gabinete Pessoal;

VI - pelo Gabinete de Segurança Institucional;

VII - pela Secretaria de Assuntos Estratégicos;

VIII - pela Secretaria de Políticas para as Mulheres;

IX - pela Secretaria de Direitos Humanos;

X - pela Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial;

XI - pela Secretaria de Portos; e

XII - pela Secretaria de Aviação Civil.

§ 1º

.....

X - o Conselho de Aviação Civil.

.....” (NR)

“Art. 2º À Casa Civil da Presidência da República compete:

I - assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições, especialmente:

a) na coordenação e na integração das ações do Governo;

b) na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais;

c) na análise do mérito, da oportunidade e da compatibilidade das propostas, inclusive das matérias em tramitação no Congresso Nacional, com as diretrizes governamentais;

d) na avaliação e monitoramento da ação governamental e da gestão dos órgãos e entidades da administração pública federal;

II - promover a publicação e a preservação dos atos oficiais.

Parágrafo único. A Casa Civil tem como estrutura básica:

I - o Conselho Deliberativo do Sistema de Proteção da Amazônia;

II - a Imprensa Nacional;

III - o Gabinete;

IV - a Secretaria-Executiva; e

V - até 3 (três) Subchefias.” (NR)

“Art. 3º

.....

§ 1º À Secretaria-Geral da Presidência da República compete ainda:

I - supervisão e execução das atividades administrativas da Presidência da República e, supletivamente, da Vice-Presidência da República; e

II - avaliação da ação governamental e do resultado da gestão dos administradores, no âmbito dos órgãos integrantes da Presidência da República e Vice-Presidência da República, além de outros determinados em legislação específica, por intermédio da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

§ 2º A Secretaria-Geral da Presidência da República tem como estrutura básica:

I - o Conselho Nacional de Juventude;

II - o Gabinete;

III - a Secretaria-Executiva;

IV - a Secretaria Nacional de Juventude;

V - até 5 (cinco) Secretarias; e

VI - 1 (um) órgão de Controle Interno.

§ 3º Caberá ao Secretário-Executivo da Secretaria-Geral da Presidência da República exercer, além da supervisão e da coordenação das Secretarias integrantes da estrutura da Secretaria-Geral da Presidência da República subordinadas ao Ministro de Estado, as funções que lhe forem por este atribuídas.” (NR)

“Art. 6º Ao Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República compete:

I - assistir direta e imediatamente ao Presidente da República no desempenho de suas atribuições;

II - prevenir a ocorrência e articular o gerenciamento de crises, em caso de grave e iminente ameaça à estabilidade institucional;

III - realizar o assessoramento pessoal em assuntos militares e de segurança;

IV - coordenar as atividades de inteligência federal e de segurança da informação;

V - zelar, assegurado o exercício do poder de polícia, pela segurança pessoal do Chefe de Estado, do Vice-Presidente da República e respectivos familiares, dos titulares dos órgãos essenciais da Presidência da República e de outras autoridades ou personalidades quando determinado pelo Presidente da República, bem como pela segurança dos palácios presidenciais e das residências do Presidente e do Vice-Presidente da República.

§ 1º (Revogado).

§ 2º (Revogado).

.....

§ 4º O Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República tem como estrutura básica:

I - a Agência Brasileira de Inteligência (Abin);

II - o Gabinete;

III - a Secretaria-Executiva; e

IV - até 3 (três) Secretarias.” (NR)

“Art. 11-A. Ao Conselho de Aviação Civil, presidido pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, com composição e funcionamento estabelecidos pelo Poder Executivo, compete estabelecer as diretrizes da política relativa ao setor de aviação civil.”

“Art. 24-D. À Secretaria de Aviação Civil compete:

I - formular, coordenar e supervisionar as políticas para o desenvolvimento do setor de aviação civil e das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil, em articulação, no que couber, com o Ministério da Defesa;

II - elaborar estudos e projeções relativos aos assuntos de aviação civil e de infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil e sobre a logística do transporte aéreo e do transporte intermodal e multimodal, ao longo de eixos e fluxos de produção em articulação com os demais órgãos governamentais competentes, com atenção às exigências de mobilidade urbana e acessibilidade;

III - formular e implementar o planejamento estratégico do setor, definindo prioridades dos programas de investimentos;

IV - elaborar e aprovar os planos de outorgas para exploração da infraestrutura aeroportuária, ouvida a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac);

V - propor ao Presidente da República a declaração de utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, dos bens necessários à construção, manutenção e expansão da infraestrutura aeronáutica e aeroportuária;

VI - administrar recursos e programas de desenvolvimento da infraestrutura de aviação civil;

VII - coordenar os órgãos e entidades do sistema de aviação civil, em articulação com o Ministério da Defesa, no que couber; e

VIII - transferir para Estados, Distrito Federal e Municípios a implantação, administração, operação, manutenção e exploração de aeródromos públicos, direta ou indiretamente.

Parágrafo único. A Secretaria de Aviação Civil tem como estrutura básica o Gabinete, a Secretaria-Executiva e até 3 (três) Secretarias.”

“Art. 25.

.....
 Parágrafo único. São Ministros de Estado:

I - os titulares dos Ministérios;

II - os titulares das Secretarias da Presidência da República;

III - o Advogado-Geral da União;

IV - o Chefe da Casa Civil da Presidência da República;

V - o Chefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República;

VI - o Chefe da Controladoria-Geral da União;

VII - o Presidente do Banco Central do Brasil.” (NR)

“Art. 27.

VII - Ministério da Defesa:

y) infraestrutura aeroespacial e aeronáutica;

z) operacionalização do Sistema de Proteção da Amazônia (Sipam);

XII -

i)

.....

6. (revogado);

.....

XIV -

.....

m) articulação, coordenação, supervisão, integração e proposição das ações do Governo e do Sistema Nacional de Políticas sobre Drogas nos aspectos relacionados com as atividades de prevenção, repressão ao tráfico ilícito e à produção não autorizada de drogas, bem como aquelas relacionadas com o tratamento, a recuperação e a reinserção social de usuários e dependentes e ao Plano Integrado de Enfrentamento ao Crack e outras Drogas;

n) política nacional de arquivos; e

o) assistência ao Presidente da República em matérias não afetas a outro Ministério;

.....” (NR)

“Art. 29.

.....

VI - do Ministério da Cultura: o Conselho Superior do Cinema, o Conselho Nacional de Política Cultural, a Comissão Nacional de Incentivo à Cultura e até 6 (seis) Secretarias;

VII - do Ministério da Defesa: o Conselho Militar de Defesa, o Comando da Marinha, o Comando do Exército, o Comando da Aeronáutica, o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas, a Escola Superior de Guerra, o Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (Censipam), o Hospital das Forças Armadas, a Representação Brasileira na Junta Interamericana de Defesa, até 3 (três)

Secretarias e um órgão de Controle Interno;

.....

XIV - do Ministério da Justiça: o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Conselho Nacional de Segurança Pública, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, o Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, o Conselho Nacional de Arquivos, o Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, o Departamento de Polícia Federal, o Departamento de Polícia Rodoviária Federal, o Departamento de Polícia Ferroviária Federal, a Defensoria Pública da União, o Arquivo Nacional e até 6 (seis) Secretarias;

.....

§ 3º (Revogado).

.....

§ 8º Os profissionais da Segurança Pública Ferroviária oriundos do grupo Rede, Rede Ferroviária Federal (RFFSA), da Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU) e da Empresa de Trens Urbanos de Porto Alegre (Trensurb) que estavam em exercício em 11 de dezembro de 1990, passam a integrar o Departamento de Polícia Ferroviária Federal do Ministério da Justiça.” (NR)

Art. 49. São transferidas as competências referentes à aviação civil do Ministério da Defesa para a Secretaria de Aviação Civil.

Art. 50. O acervo patrimonial dos órgãos transferidos, incorporados ou desmembrados por esta Lei será transferido para os Ministérios, órgãos e entidades que tiverem absorvido as correspondentes competências.

Parágrafo único. O quadro de servidores efetivos dos órgãos de que trata este artigo será transferido para os Ministérios e órgãos que tiverem absorvido as correspondentes competências.

Art. 51. O Ministério da Defesa e o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotarão, até 1º de junho de 2011, as providências necessárias para a efetivação das transferências de que trata esta Lei, inclusive quanto à movimentação das dotações orçamentárias destinadas aos órgãos transferidos.

Parágrafo único. No prazo de que trata o caput, o Ministério da Defesa prestará o apoio administrativo e jurídico necessário para garantir a continuidade das atividades da Secretaria de Aviação Civil.

Art. 52. Os servidores e militares requisitados pela Presidência da República em exercício, em 31 de dezembro de 2010, no Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia, no Arquivo Nacional e na Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, poderão permanecer à disposição, respectivamente, do Ministério da Defesa e do Ministério da Justiça, para exercício naquelas unidades, bem como ser novamente requisitados caso tenham retornado aos órgãos ou entidades de origem antes de 18 de março de 2011. (Produção de efeitos)

§ 1º Os servidores e militares de que trata o caput poderão ser designados para o exercício de Gratificações de Representação da Presidência da República ou de Gratificação de Exercício em Cargo de Confiança nos órgãos da Presidência da República devida aos militares enquanto permanecerem nos órgãos para os quais foram requisitados.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, as Gratificações de Representação e as Gratificações de Exercício em Cargo de Confiança nos órgãos da Presidência da República devidas aos militares serão restituídas à Presidência da República quando cessar o exercício do servidor ou do militar.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.007, de 17 de março de 1995, aos servidores referidos neste artigo.

Seção II

Das Adaptações da Legislação da Anac

Art. 53. A Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, passa a

vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 3º A Anac, no exercício de suas competências, deverá observar e implementar as orientações, diretrizes e políticas estabelecidas pelo governo federal, especialmente no que se refere a:

.....” (NR)

“Art. 8º

.....

XXII - aprovar os planos diretores dos aeroportos;

XXIII - (revogado);

.....

XXVII - (revogado);

XXVIII - fiscalizar a observância dos requisitos técnicos na construção, reforma e ampliação de aeródromos e aprovar sua abertura ao tráfego;

.....

XXXIX - apresentar ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República proposta de orçamento;

XL - elaborar e enviar o relatório anual de suas atividades à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República e, por intermédio da Presidência da República, ao Congresso Nacional;

.....

XLVII - (revogado);

.....” (NR)

“Art. 11.....

I - propor, por intermédio do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, ao Presidente da República, alterações do regulamento da Anac;

.....” (NR)

“Art. 14.

.....

§ 2º Cabe ao Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República instaurar o processo administrativo disciplinar, que será conduzido por comissão especial constituída por servidores públicos federais estáveis, competindo ao Presidente da República determinar o afastamento preventivo, quando for o caso, e proferir julgamento.” (NR)

Seção III

Da Adaptação da Legislação da Infraero

Art. 54. O art. 2º da Lei nº 5.862, de 12 de dezembro de 1972, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º A Infraero terá por finalidade implantar, administrar, operar e explorar industrial e comercialmente a infraestrutura aeroportuária que lhe for atribuída pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

.....” (NR)

Seção IV

Da Adaptação do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos

Art. 55. O art. 1º da Lei nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º

.....

§ 2º A parcela de 20% (vinte por cento) especificada neste artigo constituirá o suporte financeiro do Programa Federal de Auxílio a Aeroportos a ser proposto e instituído de acordo com os Planos Aeroviários Estaduais e estabelecido por meio de convênios celebrados entre os Governos Estaduais e a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

§ 3º Serão contemplados com os recursos dispostos no § 2º os aeroportos estaduais constantes dos Planos Aeroviários e que sejam objeto de convênio específico firmado entre o Governo Estadual interessado e a Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

.....” (NR)

Seção V

Dos Cargos Decorrentes da Reestruturação da Secretaria de Aviação Civil

Art. 56. É criado o cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

Art. 57. É criado o cargo em comissão, de Natureza Especial, de Secretário-Executivo da Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República.

Art. 58. São criados, no âmbito da administração pública federal, os seguintes cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores destinados à Secretaria de Aviação Civil:

I - 2 (dois) DAS-6;

II - 9 (nove) DAS-5;

III - 23 (vinte e três) DAS-4;

IV - 39 (trinta e nove) DAS-3;

V - 35 (trinta e cinco) DAS-2;

VI - 19 (dezenove) DAS-1.

Art. 59. É transformado o cargo, de Natureza Especial, de Secretário Nacional de Políticas sobre Drogas no cargo, de Natureza Especial, de Assessor Chefe da Assessoria Especial do Presidente da República.

Art. 60. A Tabela a do Anexo I da Lei nº 11.526, de 4 de outubro de 2007, passa a vigorar acrescida da seguinte linha:

e da Assessoria Especial do Presidente da República	11.179,36
-----------------------------------------------------	-----------

Seção VI

Do Pessoal Destinado ao Controle de Tráfego Aéreo

Art. 61. O art. 2º da Lei nº 11.458, de 19 de março de 2007, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º A contratação de que trata esta Lei será de, no máximo, 160 (cento e sessenta) pessoas, com validade de até 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada por sucessivos períodos até 18 de março de 2013.

§ 1º Prorrogações para períodos posteriores à data prevista no **caput** deste artigo poderão ser autorizadas, por ato conjunto dos Ministros de Estado da Defesa e do Planejamento, Orçamento e Gestão, mediante justificativa dos motivos que impossibilitaram a total substituição dos servidores temporários por servidores efetivos admitidos nos termos do inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

§ 2º Na hipótese do § 1º deste artigo, regulamento estabelecerá critérios de substituição gradativa dos servidores temporários.

§ 3º Nenhum contrato de que trata esta Lei poderá superar a data limite de 1º de dezembro de 2016.” (NR)

Art. 62. São criados, no Quadro de Pessoal do Comando da Aeronáutica, 100 (cem) cargos efetivos de Controlador de Tráfego Aéreo, de nível intermediário, integrantes do Grupo-Defesa Aérea e Controle de Tráfego Aéreo, código Dacta-1303.

Seção VII

Da Criação do Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC)

Art. 63. É instituído o Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), de natureza contábil, vinculado à Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, para destinação dos recursos do sistema de aviação civil.

§ 1º São recursos do FNAC aqueles referentes ao Programa Federal de Auxílio a Aeroportos, conforme disposto na Lei nº 8.399, de 7 de janeiro de 1992, e demais recursos que lhe forem atribuídos.

§ 2º Os recursos do FNAC serão aplicados no desenvolvimento e fomento das infraestruturas aeroportuária e aeronáutica civil.

§ 3º As despesas do FNAC correrão à conta de dotações orçamentárias específicas alocadas no orçamento geral da União, observados os limites anuais de movimentação e empenho e de pagamento.

§ 4º Deverão ser disponibilizadas, anualmente, pela Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República, em seu sítio eletrônico, informações contábeis e financeiras, além de descrição dos resultados econômicos e sociais obtidos pelo FNAC.

CAPÍTULO III

Disposições Finais

Art. 64. O Poder Executivo federal regulamentará o disposto no

Capítulo I desta Lei.

Art. 65. Até que a Autoridade Pública Olímpica defina a Carteira de Projetos Olímpicos, aplica-se, excepcionalmente, o disposto nesta Lei às contratações decorrentes do inciso I do art. 1º desta Lei, desde que sejam imprescindíveis para o cumprimento das obrigações assumidas perante o Comitê Olímpico Internacional e o Comitê Paraolímpico Internacional, e sua necessidade seja fundamentada pelo contratante da obra ou serviço.

Art. 66. Para os projetos de que tratam os incisos I a III do art. 1º desta Lei, o prazo estabelecido no inciso II do § 1º do art. 8º da Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, passa a ser o de 31 de dezembro de 2013.

Art. 67. A Lei nº 12.350, de 20 de dezembro de 2010, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 62-A:

“Art. 62-A. Para efeito da análise das operações de crédito destinadas ao financiamento dos projetos para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, para a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e para a Copa do Mundo Fifa 2014, a verificação da adimplência será efetuada pelo número do registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ) principal que represente a pessoa jurídica do mutuário ou tomador da operação de crédito.”

Art. 68. O inciso II do § 1º do art. 8º da Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 8º

.....

§ 1º

.....

II - os empréstimos ou financiamentos tomados perante organismos

financeiros multilaterais e instituições de fomento e cooperação ligadas a governos estrangeiros, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e a Caixa Econômica Federal, que tenham avaliação positiva da agência financiadora, e desde que contratados no prazo de 2 (dois) anos, contados a partir da publicação da Lei de conversão da Medida Provisória nº 527, de 18 de março de 2011, e destinados exclusivamente à complementação de programas em andamento;

.....” (NR)

CAPÍTULO IV

Das Revogações

Art. 69. Revogam-se:

I - os §§ 1º e 2º do art. 6º, o item 6 da alínea *i* do inciso XII do art. 27 e o § 3º do art. 29, todos da Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003;

II - os §§ 4º e 5º do art. 16 da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998;
e

III - os incisos XXIII, XXVII e XLVII do art. 8º e o § 2º do art. 10 da Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos financeiros, no tocante ao art. 52 desta Lei, a contar da transferência dos órgãos ali referidos.

Brasília, 4 de agosto de 2011; 190º da Independência e 123º da República.

DILMA ROUSSEFF

Jose Eduardo Cardozo

Nelson Henrique Barbosa Filho

Iraneth Rodrigues Monteiro

Orlando Silva de Jesus Júnior

Luís Inácio Lucena Adams

Wagner Bittencourt de Oliveira

Este texto não substitui o publicado no DOU de 5.8.2011